



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

EL FALSEAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO

Memoria de la *opening session*
celebrada en Caracas, Venezuela 16 de marzo 2021

XXVII World Law Congress
El Estado de Derecho:
desarrollo para las naciones
Barranquilla, Colombia
(2,3 de diciembre 2021)

Coordinación
Allan R. Brewer-Carías
Humberto Romero-Muci

 Editorial Jurídica Venezolana



CONSEJO PERMANENTE DE
ACADEMIAS JURÍDICAS IBEROAMERICANAS

EL FALSEAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

EL FALSEAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO

Memoria de la *opening session*
celebrada en Caracas, Venezuela 16 de marzo 2021
World Law Congress sobre
El Estado de Derecho,
desarrollo para las naciones,
Barranquilla, Colombia (2, 3 de diciembre 2021)



XXVII Congreso Bienal de World Jurist Association: **Estado de derecho: desarrollo para las naciones.**

XXVII Biennial congress of the World Jurist Association. **Rule of law: development for nations.**



CONFERENCIA PERMANENTE DE
ACADEMIAS JURÍDICAS IBEROAMERICANAS

© Academia de Ciencias Políticas y Sociales
ISBN: 978-980-416-037-0

Academia de Ciencias Políticas y Sociales
Avenida Universidad, Bolsa a San Francisco
Palacio de las Academias
Caracas 1010-Venezuela
Teléfonos (058) (02) 483-2674/482-8634
Fax (058) (02) 482-8845, 481-6035
www.acienpoli@cantv.net
academiadecienciaspoliticas@gmail.com

Portada: Evelyn Barboza V. - Mariana Romero Carrillo

Editado por: Editorial Jurídica Venezolana
Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B.,
Local 4, Sabana Grande,
Apartado 17.598 - Caracas, 1015, Venezuela
Teléfono 762-25-53, 762-38-42. Fax 763.5239
<http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>
Email fejv@cantv.net

Editorial Jurídica Venezolana International Inc.
Panamá, República de Panamá.
Email: ejvinternational@gmail.com

Diagramación, composición y montaje
por: Oralia Hernández, en letra Times New Roman, 11
Interlineado: 12. Mancha 12,5 x 19

EL FALSEAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO

Autores

Javier Cremades García
Augusto Trujillo Muñoz
Humberto Romero-Muci
Allan R. Brewer-Carías
Néstor Pedro Sagüés
Román J. Duque Corredor
Rafael Badell Madrid
Manuel Aragón Reyes
Laura Chinchilla
Carlos Ayala Corao
Juan Carlos Esguerra
Ramón Escovar León
Karlos Navarro
Gerardo Fernández V.
Jesús María Casal
Gabriel Ruan Santos
Cecilia Sosa Gómez
Héctor Faúndez Ledesma
Alberto Arteaga Sánchez
Juan C. Carmona Borjas
José Antonio Muci Borjas
Carlos Eduardo Acedo Sucre
César A. Carballo Mena

Coordinación

Allan R. Brewer-Carías
Humberto Romero-Muci

EL FALSEAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO

Distortion of the Rule of Law

World Law Congress Colombia 2021
Opening Session • Caracas, Venezuela
March 11, 2021
11:00 Caracas • 16:00 Madrid

worldjurist.org
#worldlawcongress

Online Registration:
<https://bit.ly/2PnK315>

OPENING REMARKS



Javier Cremades
Spain
President of the World Jurist Association Worldwide
President of the World Law Foundation



Augusto Trujillo
Colombia
Professor of Constitutional Law,
President of the Colombian Academy of Jurisprudence



Humberto Romero Mucl
Venezuela
Professor of Financial Law at the Universidad Católica Andrés Bello, President of the Political and Social Sciences Academy of Venezuela

DISCUSSION PANEL



Allan R. Brewer-Carias
Venezuela
Professor Emeritus at the Universidad Central de Venezuela, Member of the Political and Social Sciences Academy of Venezuela



Néstor Pedro Sagüés
Argentina
Professor Emeritus at the University of Buenos Aires, Member of the National Academy of Jurisprudence and Social Sciences of Buenos Aires



Manuel Aragón Reyes
Spain
Academic Director of the World Law Congress, Professor at the Universidad Complutense de Madrid, Judge Emeritus of the Constitutional Court, Member of the Spanish Royal Academy of Jurisprudence and Legislation



Laura Chinchilla
Costa Rica
President of Costa Rica (2010-2014)



Juan Carlos Eguerra
Colombia
Professor Emeritus at the Pontificia Universidad Javeriana in Bogotá, Member of the Colombian Academy of Jurisprudence



Carlos Navarro
Nicaragua
Professor at the Universidad Centroamericana de Nicaragua, President of the Academy of Jurisprudence and Legislation of Nicaragua

Sponsored by:

Supporting entity:

World Law Foundation | WORLD LAW CONGRESS COLIMBIA 2021 | Santander | UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO | UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA | UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID | UNIVERSIDAD JAVERIANA | UNIVERSIDAD NICARAGUENSE DE LA AMERICA CENTRAL

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

Javier Cremades García

Presidente de la World Jurist Association y la World Law Foundation

PRESENTACIÓN

Augusto Trujillo Muñoz

Presidente Academia Colombiana de Jurisprudencia

PRÓLOGO

Humberto Romero-Muci

*Individuo de Número y Expresidente de la Academia de Ciencias Políticas
y Sociales de Venezuela*

I PARTE

ESTUDIO INTRODUCTORIO:

LA DESINSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

1. EL FALSEAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO (EL CASO DE VENEZUELA)

Allan R. Brewer-Carías

*Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela.
Individuo de Número y Expresidente de la Academia de Ciencias Políticas
y Sociales de Venezuela*

II PARTE

DESINSTITUCIONALIZACIÓN

2. EL CONCEPTO DE “DESINSTITUCIONALIZACIÓN”

Néstor Pedro Sagiés

*Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires y Académico numerario
de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*

3. CONSTITUCIONALISMO AUTORITARIO “LA DESTRUCCIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO CON CONSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS. EL CANIBALISMO CONSTITUCIONAL”

Román José Duque Corredor

Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número y Expresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela

4. DESCONSTITUCIONALIZACIÓN, DESDEMOCRATIZACIÓN Y DESLEGALIZACIÓN DESDE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Rafael Badell Madrid

Profesor Titular de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela

**III PARTE
DESLEGALIZACIÓN**

5. EL FALSEAMIENTO DE LA LEGALIDAD

Manuel Aragón Reyes

Catedrático emérito de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

**IV PARTE
DESDEMOCRATIZACIÓN**

6. LA DESDEMOCRATIZACIÓN EN EL ESTADO DE DERECHO

Laura Chinchilla

Politóloga, Ex Presidente de la República de Costa Rica

**7. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO DE FACTO:
LA DESTRUCCIÓN DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL
EN VENEZUELA**

Carlos Ayala Corao

Profesor Titular y Jefe de Cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela

**V PARTE
MILITARISMO**

8. LA SUBORDINACIÓN DEL PODER MILITAR AL PODER CIVIL

Juan Carlos Esguerra

Profesor emérito de la Universidad Externado de Colombia y numerario de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

**9. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL MILITARISMO EN VENEZUELA
“CON ESPECIAL REFERENCIA AL GOLPE DE ESTADO DEL 18 DE
OCTUBRE DE 1945”**

Ramón Escovar León

*Profesor Titular (jubilado) UCV y UCAB. Individuo de Número de la Academia
de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela*

**VI PARTE
DESHUMANIZACIÓN**

**10. LA PIEDRA ANGULAR DE LA DEMOCRACIA Y LOS AVATARES
DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN VENEZUELA**

Héctor Faúndez Ledesma

*Profesor Titular de la Universidad Central de Venezuela. Individuo de Número
de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela*

11. LA INJUSTICIA PENAL VENEZOLANA

Alberto Arteaga Sánchez

*Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela. Individuo de Número
de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela*

**VII PARTE
AUTORITARISMO**

12. EL AUTORITARISMO: PERSPECTIVAS Y BALANCE

Karlos Navarro

*Individuo de Número y Presidente de la Academia de Jurisprudencia
y Legislación de Nicaragua*

**13. LOS PECADOS CAPITALES DEL PRESIDENCIALISMO
VENEZOLANO**

Gerardo Fernández Villegas

*Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello.
Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela*

**14. LA SALA CONSTITUCIONAL Y EL DESMANTELAMIENTO
DE LA DEMOCRACIA EN VENEZUELA**

Jesús María Casal

*Decano y Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de la Universidad
Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas
y Sociales de Venezuela*

**15. EL POPULISMO, DESTRUCCIÓN O SUPERACIÓN
DE LA DEMOCRACIA**

Gabriel Ruan Santos

*Individuo de Número y Expresidente de la Academia de Ciencias Políticas
y Sociales de Venezuela*

16. LA SUBORDINACIÓN JUDICIAL

Cecilia Sosa Gómez

Profesora en la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela

VIII PARTE

FALSEAMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

17. LEY ANTIBLOQUEO, DEL AUTORITARISMO ENCUBIERTO AL TOTALITARISMO DESCARADO. ESPECIAL REFERENCIA AL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD PETROLERA

Juan Cristóbal Carmona Borjas

Profesor de Postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

18. DESINSTITUCIONALIZACIÓN TRIBUTARIA EN VENEZUELA: “ENTRE LA DISTOPÍA Y LA ANOMIA”

Humberto Romero-Muci

Profesor Titular y Jefe de la Cátedra de Derecho Tributario en la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número y Expresidente Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

19. LA ANULACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO EN VENEZUELA. REFLEXIONES A PARTIR DE LA LEY ANTIBLOQUEO APROBADA POR LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

José Antonio Muci Borjas

Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela

20. POPULISMO, CONTROLES DE CAMBIOS Y PRECIOS Y NACIONALIZACIÓN Y ESTATIZACIÓN

Carlos Eduardo Acedo Sucre

Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello; Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela

IX PARTE

FALSEAMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN SOCIAL.

21. DEMOLICIÓN SISTEMÁTICA DE LA LIBERTAD SINDICAL

César A. Carballo Mena

Profesor Titular de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela

APENDICES

Allar R. Brewer-Carías

Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela. Individuo de Número y Expresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela

PRESENTACIÓN
DE D. JAVIER CREMADES
PRESIDENTE DE LA WORLD JURIST ASSOCIATION

El riesgo de falseamiento, vaciamiento y aniquilación del Estado de Derecho es uno de los desafíos más importantes a los que se enfrentan los ciudadanos en esta tercera década del siglo XXI. Este libro es análisis vibrante y profundo de este fenómeno que parece desafiar a un creciente número de democracias en diferentes continentes.

Estos textos tienen como telón de fondo no solamente Venezuela y Nicaragua, sino las experiencias históricas que nos han demostrado que el Estado de Derecho es siempre frágil. Esas experiencias nos han enseñado que hay que cuidarlo, hay que protegerlo, ya que con demasiada frecuencia se encuentra bajo amenaza.

Esta obra tiene como génesis las múltiples *opening sessions* que se han articulado en torno al World Law Congress que, en su XXVII edición se celebra en la ciudad de Barranquilla (Colombia) con la invaluable colaboración de las academias iberoamericanas de jurisprudencia y de la mano de un grupo de académicos que representan la mejor tradición jurídica de diversos países del mundo que habla en español.

El objetivo, tanto de aquellas conversaciones, como del libro que ahora presentamos, no es solo denunciar o advertir, sino fomentar un círculo virtuoso que comienza con la sumisión de todos al imperio de la ley, pero que continúa también con la enseñanza del derecho, con la formación de juristas que inundan los mercados, las ciudades, las sociedades, los países y los pueblos de abogados, de fiscales, de profesores, de jueces, de operadores que trabajan para toda la sociedad haciendo posible que técnicamente, que humanamente, que materialmente, el imperio de la ley conduzca también a la justicia y a la equidad.

Los miembros de las academias iberoamericanas dedicadas al mundo de la jurisprudencia y del derecho, son personas que han destacado en el escalafón desde diferentes posiciones en la enseñanza, en la judicatura, en la abogacía, como personas que realmente han sabido consagrar su vida al derecho. Son figuras des-

tacadas que han servido a la sociedad, acompañando y protegiendo a personas, empresas e instituciones a través de la seguridad que da el imperio de la ley.

La World Jurist Association tiene un propósito único que es fomentar la paz a través del derecho, hacer una gran campaña global para que todo el mundo comprenda que la única garantía de la libertad y de la paz es someternos a la ley. Si no nos gobiernan las leyes nos gobernarán los hombres más fuertes y no queremos ese imperio de la fuerza, sino el imperio de la razón y la justicia, y para eso, para garantizar la dignidad humana, porque este concepto del estado de derecho es antropológico, es antropomórfico, tiene que cuidarse todo un ecosistema, todo un mundo al que se dedica esta publicación.

Quiero nuevamente recordar a todos que estamos caminando hacia Colombia, hacia diciembre de 2021, donde tendrá lugar la próxima edición del World Law Congress. Allí vamos a poder ver de manera presencial, y muchos también podrán hacerlo de manera virtual, estas mesas de debate en torno a los desafíos que entraña el falseamiento del Estado de Derecho. Dicho Congreso será el punto culminante de un importante número de *opening sessions* que se han desarrollado ya desde Washington D.C., Chicago, Londres, Madrid, Lisboa, Barcelona, Santiago de Chile, Luxemburgo, Estrasburgo, Santo Domingo o Ratisbona, entre otras importantes ciudades.

Los días 5 y 6 de julio se celebró en la ciudad de Madrid un Homenaje a la memoria de la Justice Ruth Bader Ginsburg, dentro del marco de la presentación internacional del World Law Congress Colombia 2021. Se celebró entonces una conversación sin precedentes en la historia, entre los principales tribunales de la tierra, particularmente entre los tribunales que cuidan de los derechos humanos, y contamos con los presidentes de la Corte Internacional de La Haya, la Corte Penal Internacional, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Corte Africana de Derechos Humanos.

Se trata de un encuentro que alguien debería haber promovido pero hasta la fecha no se había celebrado. La clausura de la presentación, como será la clausura del World Law Congress, corre a cargo del Presidente de Colombia Iván Duque y el Rey de España, S.M. Felipe VI. Tuvimos también la ocasión de otorgar las primeras medallas World Jurist Association Ruth Bader Ginsburg en reconocimiento al papel que algunas mujeres destacadas han jugado a favor del imperio de la ley.

La publicación que tienen en sus manos no responde tan solo a un objetivo académico, sino que desde él se concentra en un propósito: encontrar la mejor manera en que podemos proteger y fortalecer el Estado de Derecho, evitar su corrupción. Se quiere evitar lo que vemos en algunos estados como Venezuela o Nicaragua: muestran una túnica de democracia y estado de derecho pero esconden en sí un estado dictatorial o tiránico. El enfoque está planteado desde culturas jurídicas iberoamericanas de ámbitos muy diversos.

Yo quiero agradecer especialmente al doctor Augusto Trujillo presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, un miembro muy activo de la World Jurist Association que se ha dedicado de lleno tanto a las *opening sessions* que dio lugar a esta publicación, como al World Law Congress que tendrá justamente a Colombia como país anfitrión. Deseo también agradecer al presidente de la Conferencia Permanente de las Academias Iberoamericanas de Jurisprudencia y vicepresidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, catedrático Rafael Navarro Valls; a Humberto Romero-Muci, presidente de la Academia Venezolana de Jurisprudencia e impulsor fundamental de esta gran obra; a Armando Andruet, presidente de la Academia de Jurisprudencia de Córdoba (Argentina); a Ramiro Moreno Baldivieso, presidente de la Academia de Jurisprudencia de Bolivia; a María Eugenia Gay, presidenta del Colegio de la Abogacía de Barcelona, y Domingo Bello Janeiro profesor y académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, quienes contribuyeron decisivamente a la organización y al éxito de estas sesiones desde la sede misma de cada una de las instituciones que acogieron estas *opening sessions*, con el necesario concurso de todas las Academias Iberoamericanas de Jurisprudencia y el invaluable apoyo del Colegio de la Abogacía de Barcelona. Igualmente, quiero reconocer, por supuesto, el trabajo que el doctor Brewer-Carías, una referencia mundial del derecho público y claramente uno de los grandes venezolanos en el exilio, un jurista al que todo venezolano oye y consulta cuando se trata de juzgar en derecho; el gran catedrático argentino Néstor Pedro Sagüés; el presidente de la Academia de Jurisprudencia de Chile José Luis Cea Egaña; el jurista mexicano Bernardo Fernández del Castillo, presidente de la Academia de Jurisprudencia de México; la catedrática y ex presidenta del Tribunal Constitucional de Chile Marisol Peña; la expresidenta de Costa Rica Laura Chinchilla; la catedrática española Encarnación Roca, vicepresidente del Tribunal Constitucional de España; el profesor y ex constituyente y académico colombiano Juan Carlos Esguerra Portocarrero; el profesor y presidente de la Academia de Jurisprudencia de Puerto Rico, Antonio García Padilla; la presidenta de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, Cecilia Sosa Gómez; el profesor nicaraguense Karlos Navarro; el profesor Sergio D'Andrea Ferreira, Secretario General de la Academia Brasileña de Jurisprudencia; el jurista Mario Castillo Freyre, Director de la Academia Peruana de Jurisprudencia; el Magistrado de la Suprema Corte de Justicia y miembro de la Academia de Jurisprudencia de Honduras, Edgardo Cáceres Castellanos; los juristas y académicos venezolanos Carlos Ayala Corao, Román José Duque Corredor, Rafael Badell Madrid, Ramón Escovar León, Gerardo Fernández, Jesús Casal, Gabriel Ruan, Héctor Faúndez, Alberto Arteaga Sánchez, Juan Cristóbal Carmona, José Antonio Muci Borjas y Carlos Acedo Sucre; la ex magistrada del Consejo de Estado y ex ministra de Colombia, Ruth Stella Correa; Guillermo Barrera Buteler y Alfonso Santiago, catedráticos y miembros de la Academia de Jurisprudencia de Argentina; José Antonio Rivera Santiváñez, ex magistrado de la Corte Constitucional de Bolivia y académico de la Academia de Jurisprudencia de Bolivia; el académico de jurisprudencia boliviano Rafael Vergara Sandoval y, por supuesto, al gran catedrático Manuel Aragón Reyes, maestro de constitucio-

nalistas y una persona con una experiencia sin igual en el mundo de la academia y de la judicatura a través de su posición como magistrado emérito del Tribunal Constitucional español. Con todos ellos, y junto a los ilustres miembros del Comité Organizador del World Law Congress, de la World Jurist Association y de la World Law Foundation, seguiremos trabajando y alentando esta conversación global de profundo calado en torno a los desafíos y oportunidades a las que hoy se enfrenta el Estado de Derecho.

Madrid, 2 de junio 2021

PRESENTACIÓN
A CARGO DEL PRESIDENTE
DE LA ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA
DR. AUGUSTO TRUJILLO MUÑOZ

Mirando hacia el Congreso Mundial de Derecho, que se reunirá el 2 de diciembre de 2021 en Barranquilla, la World Jurist Association (WJA) se da cita Caracas para reiterar su compromiso con la defensa del Estado de Derecho, con sus valores, con sus principios, con sus instituciones. La WJA es solidaria con la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del Venezuela, con su presidente Humberto Romero-Muci, con sus directivos y miembros, con la sociedad civil venezolana que padece el sucesivo falseamiento del Estado de Derecho por acción u omisión de las mismas ramas del poder público.

El Estado de Derecho descansa sobre una fuerza moral, por eso las armas y la violencia lo intimidan. El derecho es garantía de convivencia. Si no es así, no estamos en un Estado de Derecho, sino en un sistema de arbitrariedad con leyes. Como lo ha reiterado el jurista Javier Cremades, presidente de la WJA, estos eventos tienen el propósito de apuntalar, desde la autoridad de la ley, y desde la legitimidad de los pactos sociales, el imperio del Estado de Derecho.

No es, por desgracia, ese el escenario del mundo actual, y menos en este continente americano. Aquí hay enemigos del Estado de Derecho, que se alimentan de los residuos que dejaron los fascismos y los comunismos del siglo xx. Son autoritarismos populistas de hoy hacen presencia en distintos países de América. En Venezuela o en Brasil, en El Salvador o en Nicaragua. A veces se ponen charreteras, a veces se visten de civil; pero en uno y otro caso falsean el Estado de Derecho. En Venezuela, no tienen inconveniente en reformar instituciones para su personal beneficio; pero tampoco lo tienen para invitar a tomarse por la fuerza el capitolio de los Estados Unidos, el mismo día que se va a definir el nombre del nuevo presidente de la unión.

El siglo XXI trajo, además, una amenaza adicional que es igualmente peligrosa, pero bastante menos invisible, y nos está volviendo teórico el Estado de Derecho. Es una práctica que lo neutraliza desde adentro. En uso de las facultades

propias del estado de sitio o del estado de emergencia, los gobiernos toman decisiones que suelen escapar tanto al control judicial como al control político. Habrá que estudiarlos ambos, en las sesiones preparatorias del Congreso, en que están empeñadas las Academias jurídicas de América Ibérica, bajo el alero amable de la WJA y con la presencia de algunos de los mejores juristas de Iberoamérica.

En los próximos meses estas Academias convocarán nuevas reuniones preparatorias del Congreso mundial en las ciudades de La Paz, en Bolivia, y de Córdoba, en Argentina, cuyas academias jurídicas están presididas por los juristas Ramiro Moreno y Armando Andruet, quienes contarán con el concurso de la jurista Marisol Peña, de la Academia de Chile, para hacer énfasis en la importancia del Estado social de derecho y la independencia de los jueces como garantía del funcionamiento de una democracia constitucional.

Quiero hacer propicia esta ocasión para expresarle a todos los juristas del mundo, a los miembros de la WJA, a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, a las Academias Jurídicas de América Ibérica y a los hombres de leyes de nuestros países, la satisfacción de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y de la comunidad jurídica de Colombia, no solo por la celebración de las sesiones preparatorias, sino por el hecho de que sus integrantes nos acompañen a deliberar, desde Barranquilla para el mundo, sobre la necesidad de defender el Estado de Derecho, como la única garantía eficaz de convivencia en esta globalizada aldea plural.

Santafé de Bogotá, 20 de marzo 2021

PRÓLOGO

Humberto ROMERO-MUCI
Individuo de número y Expresidente
Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela

Este libro recoge las ponencias de la mesa redonda u *opening session* celebrada el 16 de marzo de 2021 con el preocupante título *El Falseamiento del estado de derecho*. Este evento fue patrocinado por las Academias Jurídicas de Iberoamérica y por la *World Jurist Association* y *World Law Foundation* en la ruta de celebración del XXVII del Congreso Bienal Mundial sobre el Estado de Derecho en Barranquilla, Colombia en diciembre de 2021.

Los organizadores tuvieron el acierto de identificar a la ciudad de Caracas como sede virtual de esta iniciativa. La Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela tuvo el privilegio de dirigir esta *opening session*. Esta circunstancia permitió aumentar la visibilidad global sobre la grave situación, crónica, de desinstitucionalización del Estado de Derecho, la disfunción de la democracia y la violación sistemática de los derechos humanos de las personas bajo jurisdicción del Estado venezolano.

Este evento se presentó en formato telemático. Para este fin tuvimos la participación de un espléndido grupo de académicos iberoamericanos que se dieron cita para ilustrarnos con sus conocimientos y experiencias sobre el acuciante tema del *Falseamiento del estado de derecho*. Fue un privilegio contar con los profesores Allan Brewer Carías, Néstor Pedro Sagües, Manuel Aragón Reyes, la expresidenta Laura Chinchilla Miranda, los profesores Juan Carlos Esguerra y Karlos Navarro.

Los temas inicialmente tratados en la *opening session* de Caracas tuvieron por objeto denunciar las prácticas más típicas sobre *falseamiento constitucional*, particularmente las que versan sobre la denominada constitución política, con grave merma del goce y disfrute de los derechos políticos, como la ausencia de elecciones libres y justas, el irrespeto del pluralismo político e ideológico y el asedio a las libertades de expresión y asociación. La institucionalidad del tejido

democrático se resiente con la ruptura del orden institucional que descansa en la separación, independencia y equilibrio de poderes, así como en la legalidad y constitucionalidad de su actuación.

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela creyó conveniente dejar memoria escrita de las intervenciones telemáticas de los panelistas. Además, enriqueció el texto con las aportaciones monográficas de algunos académicos venezolanos sobre la desgarradora experiencia del país, no solo en el ámbito del falseamiento de la *constitución política*, sino también en sus otras dimensiones, la *económica* y la *social*. Participan en este volumen las aportaciones de los académicos Román José Duque Corredor, Rafael Badell Madrid, Carlos Ayala Corao, Ramón Escovar León, Hector Faúndez Ledesma, Alberto Arteaga Sánchez, Gerardo Fernández Villegas, Jesús María Casal Hernández, Gabriel Ruan Santos, Cecilia Sosa Gómez, Juan Cristobal Carmona Borjas, Humberto Romero Muci, Jose Antonio Muci Borjas, Carlos Acedo Sucre y Cesar Carballo Mena.

*

La escogencia del tema sobre el *Falseamiento del estado de derecho* responde a la necesidad de alertar sobre una de las más graves amenazas al Estado Democrático de Derecho que sufre América Latina en la actualidad. Nos referimos a la desfiguración o socavamiento calculado por parte de gobernantes que llegan al poder por vías democráticas, que no quieren romper abiertamente con las categorías del Estado democrático de Derecho, pero -cual caballo de Troya- están decididos a utilizar las instituciones en su propio beneficio, adulterándolas, conservando ribetes de legalidad y pretendiendo derivar legitimidad de las apariencias de las formas constitucionales.

Estas desviaciones han sido rotuladas bajo conceptos variados como el *falseamiento* o *fraude constitucional*, el *constitucionalismo abusivo*, o la *desconstitucionalización*, entre otros.

Todo esto representa hoy serios peligros para la institucionalidad democrática en la región. Latinoamérica es particularmente sensible a los vaivenes de los regímenes autoritarios competitivos, que comienzan en tono vindicativo, populista y clientelar y a las elecciones fraudulentas que terminan en derivas autoritarias

Luego que se llega al poder se sustituyen la libertad y el Estado de Derecho falseándolos o desfigurándolos y socavándolos deliberadamente, con quienes detentan el poder y su legitimidad con el propósito de instrumentalizar el control jurídico y ampliar la dominación política desmantelando el Estado de derecho.

Se trata de la puesta en vigencia de un régimen constitucional distinto, opuesto y paralelo a la constitución escrita, un sucedáneo al derecho que invierte el orden constitucional y le hace perder el carácter normativo, político y fundamental de la Constitución dentro del Estado de derecho, para ser nada más que una fachada o un texto hueco.

Al analizar estos procesos de erosión o desmantelamiento del Estado democrático de Derecho es necesario observar su contexto y antecedentes. En cada

nación hay circunstancias específicas que han de ser tenidas en cuenta para entender tales desenlaces. No obstante, es posible identificar causas y formas comunes en la región que han facilitado las señaladas modalidades de degeneración del Estado Constitucional de Derecho y de la democracia, así como también las formas como se manifiesta esa progresiva degeneración en contra de la libertad y el orden jurídico.

Una primera consideración se refiere a la cultura política predominante en muchos de nuestros países, que confiere poco valor al imperio de la ley, a la jurificación del ejercicio del poder y las demandas ciudadanas. Se degrada el carácter supremo y vinculante de la constitución como garantía de orden y libertades.

En segundo lugar, en muchas de nuestras sociedades ha sido sembrada la idea democrática (democracia electoral), pero principalmente bajo los postulados de la realización de la voluntad de la mayoría por medio de elecciones, sin prestar atención a los controles y contrapesos institucionales que la democracia presupone, lo que suele derivar en la cooptación de todos los órganos del poder públicos y en la dictadura de las mayorías.

En tercer lugar, las elecciones parecen agotar la significación de la democracia y, además, estas son concebidas como oportunidades periódicas para conferir o renovar la confianza en un liderazgo redentor, que debe contar con todos los instrumentos de poder necesarios a fin de dar cumplimiento a un proyecto político.

En cuarto lugar, no ha echado raíces la noción de democracia asociada a la libertad, al respeto del ciudadano, al cumplimiento de las obligaciones de los órganos del Estado con los derechos humanos, a la protección del pluralismo político, a la garantía de los derechos de las minorías y la alternabilidad en ejercicio de los cargos, como tampoco a los valores y principios que sostienen la ética pública y ciudadana. Es un ambiente social en el que, un grito de esperanza de que todo va a cambiar permite hacerse del poder y pretender quedarse con él para siempre.

En quinto lugar, lo cierto es que, en las democracias frágiles, llamadas delegativas, ancladas en el presidencialismo exacerbado y el personalismo político, entregan a un líder la conducción de los asuntos públicos y se piensa que los demás espacios de poder deben alinearse en la dirección trazada por el presidente.

Finalmente, la pérdida de confianza en los partidos políticos dejó un terreno fértil para los populismos y la antipolítica que siguen entronizándose en países de nuestra región, aunque la expansión de esta tendencia parece ser de carácter global.

**

En este contexto el objetivo de la *opening session* de Caracas fue denunciar las prácticas más típicas sobre *falseamiento constitucional*, particularmente las que versan sobre la constitución política.

Dichas prácticas están dirigidas a enervar la independencia de los distintos órganos del poder público deconstruyendo los principios del estado constitucional. Las practicas manipulativas se verifican fundamentalmente desconstitucionalizando, deslegalizando, desdemocratizando, deshumanizando, degradando la subordinación de la autoridad militar al poder civil, en definitiva, exacerbando el autoritarismo y las vías de hecho. Los casos de Venezuela y Nicaragua son los más dramáticos al degenerar en dictaduras totalitarias.

Para hacer una explicación de conjunto sobre la problemática del falseamiento del Estado de Derecho, con especial referencia al caso venezolano, tuvimos la intervención magistral del Dr. Allan R. Brewer Carías, Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela e individuo de número y ex presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

La **desconstitucionalización** implica degradar la supremacía constitucional, el carácter vinculante de la constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, deconstruyendo el principio de separación de poderes, debilitando las autonomías y desconociendo las funciones de los otros poderes públicos reconocidos constitucionalmente; violar los derechos y garantías constitucionales mediante la interpretación regresiva y contraria de los derechos sociales, civiles, económicos y políticos.

Del tema específico sobre la degradación del valor normativo supremo y vinculante de la constitución se ocupó el Dr. Pedro Néstor Sagües, Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires y Académico numerario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Complementan las reflexiones sobre el caso venezolano las aportaciones de dos alarmantes estudios que demuestran cómo el constitucionalismo autoritario y el fraude a la constitución degeneran en un estado de derecho aparente o falso, cuya ilegitimidad carece de juridicidad y por lo tanto no obliga.

- ***Constitucionalismo autoritario <La destrucción del Estado social y democrático de Derecho con constituciones democráticas. El canibalismo constitucional>***, por el Académico Roman José Duque Corredor
- ***Desconstitucionalización, desdemocratización y deslegalización desde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia***, por el Académico Rafael Badell Madrid

La **deslegalización** comprende las practicas que disminuyen la eficacia de la Ley como acto formal del parlamento, degradando la garantía de la reserva legal al delegar la regulación de derechos fundamentales a órganos subalternos desprovistos de toda legitimidad democrática para dictar actos con rango legal. El falseamiento de la legalidad puede verificarse por varios expedientes, cuando se abusa de la legislación gubernamental por delegación parlamentaria (leyes habilitantes o delegatorias), mediante la regulación de urgencia o emergencia, por la degradación normativa de materias de la esencia legal y por el abuso o

exceso de la potestad reglamentaria que degeneran en usurpaciones de la función legislativa.

El asunto sobre la deslegalización o la degradación de la legalidad como garantía de libertad, fue expuesto por el Dr. Manuel Aragón Reyes, Profesor emérito de la Universidad Autónoma de Madrid, Magistrado emérito de la Corte Constitucional del Reino de España y numerario de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de España.

La **desdemocratización** supone un proceso paulatino en el que por acciones y omisiones se degrada el contenido democrático del sistema político nacional, tales como los principios de representatividad, participación política y alternabilidad democrática mediante elecciones libres y frecuentes, libertad de expresión, existencia de fuentes alternativas de información, autonomía asociativa, entre otros.

Sobre el importante tema de la desdemocratización, contamos con la lujosa participación de la politóloga Laura Chinchilla Miranda, ex presidenta de la República de Costa Rica.

Agregamos a esta exposición la experiencia sobre la alarmante situación venezolana que revelan una sistemática violación del principio de soberanía popular y de la democracia representativa trocada en una pretendida “democracia participativa” que solo sirve para impedir la propia participación política del ciudadano y atornillar en el poder a sus detentadores ilegítimos.

- **Venezuela: Del Estado de Derecho al Estado de facto**, por el Académico Carlos Ayala Corao

El debilitamiento de la relación de subordinación de la autoridad militar al poder civil plantea los riesgos de **militarización de la política y politización de las fuerzas armadas**.

Para explicar el principio del gobierno civil y sus delicados equilibrios en el estado constitucional, contamos con la experimentada intervención del Dr. Juan Carlos Esguerra, Ex ministro de la Defensa y ex ministro de Justicia de la República de Colombia, Profesor emérito de la Universidad Externado de Colombia y numerario de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Complementa el tema del principio del gobierno civil la aportación sobre los perturbadores efectos de la ideologización de la Fuerza Armada en el caso venezolano y los retos que supone el rescate de su rol institucional.

- **Evolución histórica del Militarismo en Venezuela <con especial referencia al Golpe de Estado del 18 de octubre de 1945>**, por el Académico Ramón Escovar León

Consideramos necesario también abordar el problema de la **deshumanización del Estado de Derecho**, esto es, el irrespeto a la dignidad humana, la degradación de la protección y eficacia de los derechos humanos como frenos al Estado

y sus poderes. Para este fin acompañamos dos valiosos estudios que exponen cómo la libertad personal y la libertad de expresión han sido materialmente despreciadas en el caso venezolano.

- ***La libertad de expresión como el pilar fundamental de una sociedad democrática***, por el Académico Héctor Faúndez Ledesma
- ***La injusticia penal en Venezuela***, por el Académico Alberto Arteaga Sánchez

El falseamiento del Estado de Derecho es una mascarada para la exacerbación del **autoritarismo**, el ejercicio abusivo del poder, pero por sobre todo sin control efectivo. En este sentido el control político del poder judicial, y en especial, de la jurisdicción constitucional lo han convertido en el principal instrumento del autoritarismo, que nada controla en materia de control de constitucionalidad o legalidad, sino que más bien avalan las inconstitucionalidades y demás atropellos de los gobiernos permitiendo, convalidando o produciendo situaciones de completa anomalía institucional.

Sobre este importante asunto expuso el académico nicaragüense Dr. Karlos Navarro, Director del Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores (IIES) de la Universidad Santo Tomás y numerario Presidente de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Nicaragua.

Para ilustrar la experiencia venezolana se añadieron cuatro valiosos estudios que demuestran como el “nuevo constitucionalismo” representa en verdad un nuevo esquema institucional al servicio del autoritarismo, exacerbando el presidencialismo, el centralismo y el militarismo al amparo de las prácticas populistas y de cómo se dio la paradoja de que el Juez Constitucional tuvo la misión de demoler las instituciones del Estado de Derecho y con ello las bases del sistema democrático para afianzar el autoritarismo.

- ***Los pecados capitales del presidencialismo venezolano***, por el Académico Gerardo Fernández Villegas
- ***Claves del autoritarismo judicial de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia***, por el Académico Jesús María Casal Hernández
- ***Populismo y falseamiento del Estado de Derecho***, por el Académico Gabriel Ruan Santos
- ***Pensar en Venezuela: ¿cómo queda la independencia de la Justicia sin democracia?***, por la Académica Cecilia Sosa Gómez

Complementan las exposiciones sobre el falseamiento de la Constitución política, con emblemáticos temas sobre el falseamiento de la constitución económica especialmente traumáticos en Venezuela con la sistemática violación de los derechos de propiedad, libertad económica, transparencia y seguridad jurídica. Así se destruyó la economía, se degradó el nivel de vida y el bienestar material

de la población produciendo hiperinflación y miseria. En ese contexto la acción ideológica alucinada del régimen se concretó en múltiples interferencias y controles sobre la economía, apalancada en la instrumentalización del derecho como un puro medio de dominación, violándolo, ignorándolo o interpretándolo falsamente, sometiéndolo a las tensiones más extremas de la conveniencia política.

- ***Ley antibloqueo, del autoritarismo encubierto al totalitarismo descarado especial referencia al ejercicio de la actividad petrolera***, por el Académico Juan Cristóbal Carmona.
- ***Desinstitucionalización tributaria en Venezuela <entre la distopía y la anomía>***, por el Académico Humberto Romero-Muci
- ***La anulación del Estado de Derecho en Venezuela. Reflexiones a partir de la Ley Antibloqueo aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente***, por el Académico José Antonio Muci Borjas.
- ***Populismo, controles de cambios y precios y nacionalización y estatización***, por el Académico Carlos Eduardo Acedo Sucre

Finalmente, también abordamos el tema del falseamiento de la Constitución social gravemente conculcada en el país. Entre ellos dejamos constancia de cómo el derecho humano y fundamental a la libertad sindical fue sistemáticamente vulnerado mediante la conculcación -de modo específico- de los derechos de las organizaciones sindicales a elegir libremente sus representantes, organizar su administración y sus actividades, y formular su programa de acción.

- ***Demolición sistemática de la libertad sindical***, por el Académico César Caballo Mena

Ante la realidad descrita, es preciso formular una agenda latinoamericana para el Estado democrático de Derecho. Un componente fundamental de esa agenda consiste en preservar y cultivar la independencia judicial y los controles parlamentarios, junto a los de carácter fiscal y la rendición de cuentas.

Nuestra convicción es que, sin asumir un compromiso inderogable con la independencia judicial no será posible consolidar instituciones democráticas. Hay que salir al paso con firmeza a cualquier intento de ponerla en entredicho, porque la progresiva erosión de la independencia judicial desemboca silenciosamente en una captura política que obstruye los canales democráticos y asegura la perpetuación autoritaria en el poder.

Es igualmente esencial la revisión de nuestros presidencialismos. Es necesario recuperar los contrapesos institucionales, así como desconcentrar y descentralizar el poder. Ello implica reforzar la posición política de los congresos o parlamentos y promover la asunción de competencias en los niveles locales y

regionales de gobierno, en aras de una participación más amplia de la ciudadanía y de una mejora en la capacidad de respuesta del Estado.

Tenemos que levantar muros sólidos de contención ante amenazas populistas, basados en una cultura democrática ciudadana que esté arraigada en la participación popular como en el pluralismo político y el control del poder. El Estado de Derecho no puede ser una fachada decorativa de pretendidas democracias, sino uno de sus pilares conceptuales e institucionales lo que se expresa en que todos los órganos del Poder Público deben trabajar para dar cumplimiento a las obligaciones constitucionales y legales que tienen para con los ciudadanos y éstos a comprometerse a ejercer la ciudadanía plena desde el estatuto de deberes y derechos

En nombre de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela quiero expresar mi especial agradecimiento a Don Javier Cremades, presidente de la *World Jurist Association* y de la *World Law Foundation* y a todo su eficiente equipo, especialmente a Diego Solana, Gabriel Fernandez Rojas y Yacky Rodriguez, por la iniciativa de patrocinar la mesa redonda u *opening session*, sobre el *Falseamiento del Estado de Derecho* con sede virtual en Caracas y todo el valioso esfuerzo de organizar la XXVII edición del *World Law Congress* sobre el Estado de Derecho en Barranquilla, Colombia.

Deseo agradecer al Presidente de la Conferencia Permanente de las Academias Iberoamericanas de Jurisprudencia y Vicepresidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, Catedrático Rafael Navarro Valls, así como al académico Domingo Bello Janeiro. Igualmente agradezco la colaboración de todos los presidentes de las academias de jurisprudencia de Iberoamérica por sumarse a este esfuerzo organizativo en la interminable lucha por la defensa del estado de Estado de Derecho, la Democracia y el respeto de los Derechos Humanos como garantía de paz y progreso de nuestros países.

Mi especial agradecimiento al presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, anfitrión del Congreso sobre el Estado de Derecho de Barranquilla, el académico Dr. Augusto Trujillo por su liderazgo en la planificación y ejecución de este encuentro, así como a los colegas académicos Armando Andruet (h), Ramiro Moreno Baldivieso, presidentes de las Academias hermanas de Córdoba, Argentina y Bolivia, respetivamente, así como a la académica Marisol Peña, Individuo de número de la Academia de Ciencias Morales, Sociales y Políticas de la República de Chile, por ser factores esenciales para las *opening sessions* que complementaron los trabajos de las academias iberoamericanas para el *World Law Congress*.

Nuestro muy especial reconocimiento al Académico Manuel Aragón Reyes por su orientación científica y continuo apoyo institucional.

PRÓLOGO

Finalmente agradecemos a los académicos ponentes por sus aportaciones, así como a los académicos de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela por sus importantes contribuciones integradas en este libro para enriquecer el mensaje de la *opening session* de Caracas. Especial reconocimiento a los académicos Allan R. Brewer-Carías, Jesús María Casal Hernández, Cecilia Sosa Gómez, Rafael Badell Madrid por su personal orientación y colaboración para este proyecto y la edición de este libro.

Esperamos que las experiencias comentadas por las academias Iberoamericanas de jurisprudencia en la *opening session* de Caracas contribuyan de manera útil a la discusión y comprensión de las amenazas y las realidades de este Estado de derecho falso, falseado y fraudulento que ha hecho aparición en nuestra América Latina en estos comienzos del siglo XXI, a luz de todo el mundo democrático.

Ojalá sirva de revulsivo contra la improvisación y la desmemoria y nos permita reconstruir el tejido democrático, fortalecer el Estado de Derecho y asegurar la efectividad de los derechos humanos en nuestros países.

El *World Law Congress* es una oportunidad estelar en el sentido indicado.

Fort Lauderdale, 25 de junio 2021

I PARTE

ESTUDIO INTRODUCTORIO: LA DESINSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

1. EL FALSEAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO EL CASO DE VENEZUELA

Allan R. BREWER-CARIÁS*

TEXTO ESCRITO POR ENCARGO DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS
Y SOCIALES PARA LA PRESENTACIÓN EN LA OPENING SESSION OF
THE WORLD LAW CONGRESS COLOMBIA 2021, DE LA WORLD JURIST
ASSOCIATION SOBRE EL TEMA: FALSEAMIENTO DE ESTADO DE DERECHO,
SESIÓN DE CARACAS, 16 DE MARZO DE 2021

New York, febrero 2021

INTRODUCCIÓN: LA CONSTITUCIÓN Y LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO DE DERECHO

Para que exista un Estado de derecho o un “Estado de democrático y social de derecho y de justicia” en la organización política de una Sociedad, el mismo tiene que estar regido por una Constitución, como pacto político emanada de la soberanía popular, configurado como una promesa para ser cumplida por los gobernantes y gobernados. Por eso se la considera y califica como norma o ley suprema.

* Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela.
Individuo de Número y Expresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

De ello deriva el más importante y fundamental de los derechos de los ciudadanos en un Estado Constitucional de derecho, que es el derecho a la Constitución, a su supremacía, a su rigidez, a su imperatividad; y a la vez, la más importante obligación del Estado Constitucional que es la de respetar la Constitución, de asegurar su vigencia, y de controlar las violaciones a la misma.

Es decir, al regular las Constituciones en los Estados democráticos contemporáneos lo que universalmente se ha calificado como un *Estado democrático y social de derecho*, desglosándose en la misma lo que son sus tres componentes fundamentales que son la Constitución Política, la Constitución Social y la Constitución Económica, quienes controlan el poder en los mismos tienen que ser los principales obligados de garantizar y proteger la implementación efectiva de tal Estado, y evitar que sus principios se tornen en declaraciones vacías.

Por otra parte, en el Estado Constitucional, aun siendo la Constitución emanación de la voluntad del pueblo, el pueblo mismo también tiene el deber de respetarla y, por tanto, modificarla sólo conforme a lo dispuesto por el mismo pueblo, en su texto, cuando la aprobó. Por ello, una vez que una Constitución es aprobada por el pueblo en ejercicio de su soberanía, el principio de la propia soberanía popular queda sujeto al principio de la supremacía constitucional conforme a lo que el pueblo reguló.

Y por ello es que debe rechazarse todo intento de subvertir este último principio de la supremacía constitucional por el primero de la soberanía popular, pretendiendo que el pueblo pueda siempre y en cualquier forma cambiar la Constitución apartándose de las regulaciones en ella establecidas para las reformas constitucionales. Ello no es otra cosa que simple populismo constitucional que tanto daño ha hecho al constitucionalismo contemporáneo.¹

En todo caso, para que la Constitución pueda tener supremacía y permanencia en cuanto a los derechos y obligaciones que implica, en el Estado Constitucional es necesario que se cumplan al menos, las siguientes condiciones:

Primero, es necesario que la Constitución, como ley suprema, sea efectivamente la consecuencia o resultado de un pacto político de la sociedad en un momento dado. No puede ser un texto impuesto por una fracción o facción del pueblo, sobre otra. Estas Constituciones, que han sido muchas en la historia, no tienen garantía de continuidad; y

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Nota del Editor sobre Democracia, Populismo y Constitución” al libro: *Elecciones y democracia en América Latina: El desafío autoritario – populista (Coloquio Iberoamericano, Heidelberg, septiembre 2019, homenaje a Dieter Nohlen)*, (Editor: Allan R. Brewer-Carías), Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas 2020, pp. 13-25; y el estudio: “El populismo constitucional y el “nuevo constitucionalismo.” O de cómo se destruye una democracia desde dentro,” en Juan Carlos Cassagne y Allan R. Brewer-Carías, *Estado populista y populismo constitucional. Dos estudios*, Ediciones Olejnik, Santiago, Buenos Aires, Madrid 2020.

Segundo, es necesario que exista un sistema de Justicia Constitucional que asegure su vigencia con independencia y autonomía; es decir, un sistema de control de las actuaciones inconstitucionales de los órganos del Estado, que realmente esté configurado como el sustituto al derecho del pueblo de rebelión o resistencia frente a los gobernantes que violen su derecho a la Constitución.² Quienes controlan el poder del Estado están obligados a asegurar que esos completos mecanismos de justicia constitucional que se consagren no sean degradados, y no sean convertidos en meros instrumentos para asegurar que las violaciones a la Constitución por los gobernantes nunca sean controladas.

Pero esa Constitución para que sea efectivamente la de un Estado de derecho tiene específicamente que regular:

En *primer lugar*, un régimen político democrático, de democracia representativa, en la cual los representantes del pueblo –sus gobernantes– tienen que ser electos mediante sufragio universal directa y secreto;

En *segundo lugar*, como consecuencia del sufragio, la Constitución tiene que regular un gobierno civil representativo al cual tienen que estar sujetas las Fuerzas militares, y que solo puede actuar con sujeción a la legalidad y al derecho, es decir, en un marco jurificado;

En *tercer lugar*, para garantizar lo anterior, la Constitución tiene que organizar el Estado de manera que sus órganos estén sometidos a controles, con base, primero, en el principio de la separación o desconcentración de poder, de manera que el poder controle al poder, y en especial, que los poderes estén controlados por un poder judicial independiente y autónomo, que garantice la judicialización de la actuación del Estado; y segundo, con base en el principio de la descentralización del poder en el territorio de manera de acercando el poder al ciudadano se permita la efectiva participación política de manera que los ciudadanos puedan también controlar el ejercicio del poder en la cotidianeidad democrática;

Y en *cuarto lugar*, la Constitución debe organizar el funcionamiento de los órganos del Estado, de manera de asegurar que estén al servicio de los ciudadanos, y además, con el propósito fundamental de garantizar las libertades y los derechos humanos, que deben tener primacía, con miras a asegurar la dignidad humana.

Solo si el régimen anterior está asegurado en una Constitución, se puede hablar de la existencia de un Estado de Derecho, que se encuentra montado por tanto, sobre al menos los siguientes siete principios mínimos esenciales:³

² Véase sobre la Justicia constitucional como sustituto a la revolución y de la rebelión popular, Sylva Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University, 1990, p. 113.

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Estado de derecho. Aproximación histórica*, Cuadernos de la Cátedra Mezerhane sobre democracia, Estado de derecho y derechos humanos, Miami Dade College, Programa Goberna Las Americas, Editorial Jurídica Venezolana International. Miami-Caracas, 2016. 360.

En *primer lugar*, el *principio de constitucionalismo*, o de la *constitucionalización*, es decir, de la propia existencia de una Constitución como carta política escrita, emanación de la soberanía popular, de carácter rígida y permanente, contentiva de normas de rango superior, inmutable en ciertos aspectos y que no sólo organiza al Estado, es decir, no sólo tiene una parte orgánica, sino que también tiene una parte dogmática donde se declaran los valores fundamentales de la sociedad y los derechos y garantías de los ciudadanos.

El constitucionalismo implica, esencialmente, la supremacía del texto constitucional del cual deriva un sistema jerárquico de las normas que conforman el ordenamiento jurídico, ubicadas en diferentes niveles según su esfera de validez; y que origina las fuentes diversas sub-constitucionales del derecho, comenzando por la legislación que regula con primacía todas las actividades del Estado, entendiéndose en este contexto por legislación, básicamente, la ley formal, es decir, las leyes sancionadas por los parlamentos.

En *segundo lugar*, el *principio de la democratización*, basado en el principio de la soberanía popular, que surgió en el constitucionalismo moderno cuando la soberanía se trasladó de un Monarca al pueblo y a la Nación, siendo en consecuencia las Constituciones producto del ejercicio de dicha soberanía popular. De ello deriva el principio de la representación, de la esencia de la democracia, cuyo ejercicio por el pueblo se realiza básicamente en forma indirecta, mediante representantes electos por sufragio universal, directo y secreto, independientemente de los mecanismos de ejercicio directo de la democracia que puedan establecerse.

En *tercer lugar*, el *principio de la separación de poderes*, es decir, de su *desconcentración en la organización del Estado* con el objeto de limitar y controlar su ejercicio para garantizar la libertad de los ciudadanos. Del mismo deriva la necesidad de que los diversos poderes estén en mano de órganos independientes y autónomos que se deben controlar entre sí, en particular, por parte del poder judicial. Este principio de la desconcentración está, por tanto, esencialmente unido al principio de la separación de poderes que es de la propia esencia del Estado de derecho, para evitar los posibles abusos de una rama del poder en relación con los otros.

En *cuarto lugar*, el *principio de la juridificación, de la legalidad y de la justiciabilidad*, que exige de todos los órganos del Estado y, en particular de aquellos que actúan en representación del pueblo, la obligación de sujetarse a la Constitución, a la ley y a las demás fuentes de ordenamiento jurídico, estando siempre todos los actos de los órganos del Estado sometidos a control, en particular, por parte de órganos judiciales autónomo e independiente dentro de la organización del propio Estado, con la potestad incluso para anular los actos de los órganos del Estado que sean inconstitucionales o ilegales.

En *quinto lugar*, el *principio de la humanización*, con reconocimiento y declaración formal de la existencia de derechos naturales del hombre y de los ciudadanos, con rango constitucional y de la primacía de la dignidad humana, por

tanto, que deben ser garantizados y respetados por el Estado, constituyéndose la libertad y los derechos en el freno al Estado y sus poderes.

En *sexto lugar*, el *principio de la descentralización política en la organización del Estado, para asegurar la participación política* de los ciudadanos en el ejercicio del poder, al acercarlo a todos mediante la creación de entidades políticas territoriales regionales y locales, desparramadas en el territorio del Estado, gobernadas por representantes también electos mediante sufragio universal directo y secreto; principio que es el origen del federalismo, de los regionalismo políticos y, en todo caso, del municipalismo.

En *séptimo lugar*, como corolario de todos los principios anteriores, el *principio de gobierno civil*, que implica la subordinación de la autoridad militar a la autoridad civil, estando aquella encargada única y exclusivamente de la defensa de la Nación, del territorio y de los principios y valores establecidos y garantizados en la Constitución.

En el aseguramiento de todos estos principios que conforman la Constitución Política para el sustento de un Estado democrático de derecho, está la esencia del mismo, los cuales, lamentablemente, sin embargo, por la insurgencia progresiva de regímenes autoritarios populistas, han venido siendo despreciados, ignorados, falseados o vaciados de contenido, habiéndose producido el incumplimiento de la promesa que en la misma quedó plasmada por el pueblo que la sancionó, reflejada en el conjunto de principios que lo conforman; tal como ha sucedido en las últimos dos décadas en muchos de nuestros países, a la vista del propio mundo democrático, como ha sido el trágico caso de lo ocurrido en Venezuela.⁴

Y es precisamente por ello que, como ejemplo de estudio de caso de este proceso de falseamiento del Estado de derecho, me voy a referir en particular al caso de mi país, que por lo demás es el que más conozco, poniendo en evidencia cómo todos esos principios del Estado de derecho han sido desdibujados, y cómo a pesar de las declaraciones floridas de la Constitución, han sido todos falseados en la práctica política, habiendo sido convertidos en una gran mentira⁵ y en una larga lista de promesas incumplidas.

En estas páginas, por tanto, me limitaré a referirme solo al falseamiento de la Constitución Política como se me ha solicitado a los efectos del *World Law Congress Colombia 2021*, sin referirme en esta ocasión a los graves falseamien-

⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York 2010, 418 pp.; *Authoritarian Government v. The Rule of Law. Lectures and Essays (1999-2014) on the Venezuelan Authoritarian Regime Established in Contempt of the Constitution*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, 986 pp.; *The Collapse of the Rule of Law and the Struggle for Democracy in Venezuela. Lectures and Essays (2015-2020)*, Foreword: Asdrúbal Aguiar, Colección Anales, Cátedra Mezerhane sobre democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos, Miami Dade College, 2020, 618 pp.

⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La mentira como política de Estado. Crónica de una crisis política permanente. Venezuela 1999-2015*, Colección Estudios Políticos, No. 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015.

tos que también se han producido en la Constitución Social y en la Constitución Económica, cuyos resultados han sido igualmente trágicos.

Sobre ello basta por ahora recordar el titular de un reportaje publicado hace unos años en el *The Washington Post* con el sugestivo título: “Nunca ha habido un país que debió haber sido tan rico, pero terminó siendo tan pobre,”⁶ en el cual ya se reseñaba la terrible situación de Venezuela, cuyo Estado, después de más de quince años de una supuesta “revolución bonita” desarrollada en nombre de un fraudulento “Socialismo del Siglo XXI,” se lo había logrado convertir en un “Estado fallido,”⁷ un “Narco-Estado,”⁸ un “Estado-mafioso,”⁹ o en un “Estado gansteril,”¹⁰ con la “economía con peor crecimiento y la peor rata de inflación del mundo;”¹¹ con el mayor índice de devaluación de su moneda, siendo hoy el país con el récord de ser el que ocupa el primer lugar en el índice de violencia y de miseria del mundo.¹²

Como nos lo recordó Mario Vargas Llosa en un artículo publicado hace unos años en *El País* de Madrid, después de más de quince años de desgobierno, los gobernantes autoritarios;

“Ha sumido en la ruina más absoluta a uno de los países más ricos del continente, que ahora se muere literalmente de hambre de falta de me-

⁶ Véase Matt.O’Brein, “There has never been a country that should have been so rich but ended up this poor,” *The Washington Post*, Washington, May 19, 2016, en <https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2016/05/19/there-has-never-been-a-country-that-should-have-been-so-rich-but-ended-up-this-poor/>

⁷ Véase Pedro González Caro, *Venezuela: ¿Un estado fallido? [Venezuela: A Failed State?]*, POLITIKA UCAB (Sept. 4, 2019), <https://politikaucab.net/2019/09/04/venezuela-un-estado-fallido/> (declaring Venezuela a failed state).

⁸ Véase Ben Evansky, *Trump Administration Praised by Democracy Activists for Calling Venezuela a ‘Narco-State’*, FOX NEWS (Nov. 14, 2017), <https://www.foxnews.com/world/trump-administration-praised-by-democracy-activists-for-calling-venezuela-a-narco-state> (Quoting U.S. Ambassador to the United Nations, Nikki Haley, as saying, “Venezuela is an increasingly violent narco-state that threatens the region, the hemisphere, and the world.”).

⁹ Véase en *El Nacional* Web, Opinion, *El Estado Mafioso [The Mafia State]*, EL NACIONAL (June 24, 2018), https://www.elnacional.com/opinion/columnista/estado-mafioso_241217/ (calling Venezuela a “mafioso state”).

¹⁰ Véase en general, *Having Wrecked the Economy, Venezuela’s Rulers See No Reason to Change*, ECONOMIST (Dec. 15, 2018), Disponible en: <https://www.economist.com/the-americas/2018/12/15/having-wrecked-the-economy-venezuelas-rulers-see-no-reason-to-change> (donde se refiere a Venezuela como “gangster state.”).

¹¹ Véase la información en <http://www.infobae.com/2014/04/24/1559615-en-un-ano-la-inflacion-oficial-venezuela-llego-al-60-ciento>

¹² Venezuela tiene el “ignominioso” primer lugar en el Índice de miseria del mundo. Véase el Informe de Steve H. Hanke, “Measury Misery around the World,” publicado en mayo 2104, en *Global Asia*, en <http://www.cato.org/publications/commentary/measuring-misery-around-world> Véase igualmente *Índice Mundial de Miseria*, 2014, en <http://www.razon.com.mx/spip.php?ar-ticle215150>; y en <http://vallartaopina.net/2014/05/23/en-indices-mundial-de-miseria-venezuela-ocupa-primer-lugar/>

dicinas, de trabajo, de salud, tiene la más alta inflación y criminalidad en el mundo, está quebrado y es objeto de la repulsa y condena de todas las democracias del planeta.”¹³

Esa es la hazaña o el milagro de la política destructiva del gobierno de Venezuela llevada adelante durante los pasados veinte años, que tanto va a costar superar en el futuro,¹⁴ que convirtió a Venezuela en “una fábrica de pobres,”¹⁵ conducida por un:

“Estado inepto, secuestrado por una élite gubernamental de burocracia corrupta, que niega todos los derechos sociales y económicos constitucionales, y que manipula la ignorancia y pobreza de las clases sociales menos favorecidas.”¹⁶

El citado reportaje del *The Washington Post* de 2016, terminaba observando cómo en el país que tiene “las más grandes reservas petroleras del mundo,” lo que ocurrió fue “un completo colapso económico y social,” en cuya explicación no hay que buscar “misterio alguno,” pues de lo que se trató fue de “un desastre hecho por el hombre,” es decir, consecuencia de una política gubernamental destructiva,” diseñada y conducida para ello, por el fallecido Presidente Hugo Chávez y por quien actualmente ejerce la presidencia, Nicolás Maduro.”¹⁷

Mayores violaciones a la Constitución social y a la Constitución económica es, por tanto, imposible de encontrar.

¹³ Véase Mario Vargas Llosa, “Cara de Piña, en *El País*, Madrid, 4 de junio de 2017, p.13.

¹⁴ Pedro Carmona Estanga resumió la hazaña económica del régimen explicando que: “Por desgracia para el país, a lo largo de estos 16 años se han dilapidado unos US\$ 1,5 billones que no volverán, de los cuales no quedan sino la destrucción del aparato productivo, el deterioro de la calidad de vida, de la infraestructura, de la institucionalidad, y distorsiones macroeconómicas y actitudinales en la población de una profundidad tal, que costará sudor y sangre superar a las generaciones venideras. Esa es la hazaña histórica lograda y cacareada por el régimen.” Véase Pedro Carmona Estanga, “La destrucción de Venezuela: hazaña histórica,” 19 de octubre de 2014, en <http://pcarmonae.blogspot.com/2014/10/la-destruccion-de-venezuela-hazana.html>

¹⁵ En tal sentido, Brian Fincheltub, destacó que “Las misiones se convirtieron en fábrica de personas dependientes, sin ninguna estabilidad, que confiaban su subsistencia exclusivamente al Estado. Nunca hubo interés de sacar a la gente de la pobreza porque como reconoció el propio ministro Héctor Rodríguez, se “volverían escuálidos”. Es decir, se volverían independientes y eso es peligrosísimo para un sistema cuya principal estrategia es el control.” Véase Brian Fincheltub, “Fabrica de pobres,” en *El Nacional*, Caracas, 5 de junio de 2014, en http://www.el-nacional.com/opinion/Fabrica-pobres_0_421757946.html

¹⁶ Véase entre muchos: Isaac Villamizar, “Cuál Estado Social?,” en *La Nación*, San Cristóbal, 7 de octubre de 2014, en <http://www.lanacion.com.ve/columnas/opinion/cual-estado-social/>

¹⁷ Véase Matt.O’Brein, “There has never been a country that should have been so rich but ended up this poor,” *The Washington Post*, Washington, May 19, 2016, en <https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2016/05/19/there-has-never-been-a-country-that-should-have-been-so-rich-but-ended-up-this-poor/>

Es decir, lo que dice la Constitución en Venezuela en el campo de su Constitución Económica y su Constitución Social, ha sido totalmente incumplido y falseado, configurándose institucionalmente como una gran mentira pues el establecimiento de un Estado social, no pasó de ser una vana ilusión propagandista, habiendo solo adquirido la deformada faz de un Estado populista para, en definitiva, empobrecer y hacer dependiente a toda la población de una burocracia gigante e ineficiente, que lo que ha asegurado es que hoy toda la población, y no solo las personas de menos recursos, sufran las mismas carestías.¹⁸

Pero dejando de lado en particular todas esas violaciones y falseamientos, que han hecho que todas las promesas de las Constituciones Social y Económica hayan sido incumplidas y olvidadas, lo mismo puede decirse que ha ocurrido respecto de la Constitución Política, pues después de veinte años, el resultado ha sido que el establecimiento de un régimen político democrático representativo y participativo, nunca tuvo lugar; la estructuración de un Estado democrático de derecho y de justicia fundamentado en el principio de la separación de poderes, nunca se concretó; la consolidación de un Estado federal descentralizado, se abandonó,¹⁹ y los derechos y libertades públicas han sido despreciados.

Todo ello ha conducido al país al total colapso de sus instituciones, destrozándose las bases del Estado democrático de derecho y de justicia, con forma Federal y descentralizada que se regula en la Constitución, que nunca ha llegado a estructurarse, y que debía haberse montado sobre la base de los principios antes señalados de constitucionalismo, desconcentración del poder, democratización, legalización, humanización, descentralización y participación y de gobierno civil.

Al contrario, lo que hemos presenciado es un proceso sistemático de desconstitucionalización, de desdemocratización, de concentración del poder, de deslegalización, de deshumanización, de centralización (de desfederalización y desmunicipalización) y de ausencia de participación, y de militarización.

PRIMERA PARTE

EL FALSEAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA SOBERANÍA POPULAR: LA DESCONSTITUCIONALIZACIÓN Y LA USURPACIÓN DE LA SOBERANÍA POPULAR

El proceso de desconstitucionalización del Estado, es decir, el abandono del principio esencial del constitucionalismo que implica que la Constitución es ley suprema y el resultado del ejercicio de la soberanía por el pueblo, se inició

¹⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

¹⁹ Véase el estudio de la Constitución en cuanto a la regulación de este modelo de Estado Constitucional en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, 2 tomos, Caracas 2004.

en Venezuela en 1999 con el proceso de sanción de la propia Constitución de 1999, producto de una Asamblea Nacional Constituyente mal conformada y peor estructurada,²⁰ para cuya convocatoria se violó la Constitución de 1961 que no establecía ni regulaba la figura de la Asamblea Nacional Constituyente. Con ello se inició así en América Latina el llamado “nuevo constitucionalismo,”²¹ que luego se extendió hacia Ecuador y Bolivia, producto del populismo constitucional que pretende justificar que la supremacía constitucional debe ceder cuando supuestamente se convoque al pueblo soberano, así sea en forma no autorizada en la Constitución, para modificarla.²²

El resultado de esa deformación fue que en Venezuela una Asamblea Nacional Constituyente completamente controlada por los seguidores de Hugo Chávez, sancionó una Constitución Política que como lo expresé en diciembre de 1999, al abogar por su no aprobación en el referendo:

“cuando se analiza globalmente, [...] pone en evidencia un esquema institucional para el autoritarismo, que deriva de la *combinación del centralismo de Estado, del presidencialismo exacerbado, de la partidocracia y del militarismo* que constituyen los elementos centrales diseñados para la organización del Poder del Estado.”²³

Eso fue hace veintiún años, en un mensaje al cual lamentablemente muy pocas personas hicieron caso, pues sin duda, era demasiado el anhelo de cambio político que entonces existía en el país.

Pero lo cierto ha sido que aquello que vaticiné en 1999 se cumplió a cabalidad comenzando el proceso de la violación descarada de la Constitución, sin que muchos lo advirtieran, una semana después de aprobada la Constitución por el pueblo mediante referendo (el 15-12-1999). Ello ocurrió antes, incluso, de que se publicara su texto, al decretarse por la propia Asamblea Constituyente (sin aprobación popular y a pesar de que ya había concluido sus funciones, violándose el principio de la soberanía popular), un “Régimen Transitorio” (22-12-1999)²⁴ que

²⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad nacional Autónoma de México, México 2002.

²¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El “nuevo constitucionalismo latinoamericano” y la destrucción del Estado democrático por el Juez Constitucional. El Caso de Venezuela, Colección Biblioteca de Derecho Constitucional, Ediciones Olejnik, Madrid, Buenos Aires, 2018, 294 pp.

²² Véase Juan Carlos Cassagne y Allan R. Brewer-Carías, *Estado populista y populismo constitucional. Dos estudios*, Ediciones Olejnik, Santiago, Buenos Aires, Madrid 2020, 330 pp.

²³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Razones del voto NO en el referendo aprobatorio de la Constitución,” en *Debate Constituyente (Labor en la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, 315-340.

²⁴ Después de aprobada por el pueblo la Constitución (15 diciembre 1999), la Asamblea dictó el Régimen Constitucional Transitorio (22-diciembre 1999), habiéndose publicado ambo textos a la vez (30 diciembre 1999) Véase en *Gaceta Oficial* No. 36.859 de 29 de diciembre de 1999.

en la práctica dio origen a otra “constitución” paralela, que no fue aprobada por el pueblo, cuya duración fue de varios lustros, contraria a lo que se prometía en el texto aprobado popularmente, y destinada a asegurar que la misma no se pudiera cumplir, en lo que entonces califiqué como un golpe de Estado constituyente.²⁵

En esa forma, en 1999 lo que se produjo fue un asalto al poder que se materializó cuando la Asamblea Constituyente, al margen del pueblo, procedió a hacer lo que el éste no hizo en el referendo aprobatorio de la Constitución, que fue sustituir todos los Poderes Públicos constituidos del Estado y sus autoridades, procediéndose a designar a dedo a sus sustitutos. La Asamblea, así, puso fin al mandato del anterior Congreso y creó transitoriamente una Comisión Legislativa Nacional; eliminó la anterior Corte Suprema de Justicia, creando las Salas del nuevo Tribunal Supremo fijándoles el número de magistrados, lo que no estaba establecido en la Constitución, procediendo a nombrarlos sin cumplir con las exigencias de la propia Constitución; creó una Comisión de Reorganización y Funcionamiento del Poder Judicial para intervenirlo, destituyendo jueces sin debido proceso; designó a todos los altos funcionarios de los diversos Poderes del Estado sin cumplir las condiciones constitucionales; y dictó un Estatuto Electoral sin potestad alguna para sancionarlo.²⁶

Y todo ello, con el aval por el nuevo Tribunal Supremo de Justicia y su Sala Constitucional, que había nombrado por la propia Asamblea Constituyente, la cual, al decidir en su propia causa, mediante sentencia N° 6 de fecha 27 de enero de 2000,²⁷ estableció primero que las normas constitucionales aprobadas no se aplicaban a los nombrados, y segundo que todo lo que había resuelto la Asamblea Constituyente tenía rango “supraconstitucional,” no estando la misma sujeta ni a la Constitución de 1999 ni a la Constitución de 1961.

Ello fue, en definitiva, el inicio del antes mencionado y llamado “nuevo constitucionalismo” en cuyo nombre específicamente se produjo en Venezuela la inmisericorde intervención y sometimiento del Poder Judicial, y con ello, la destrucción del Estado de derecho;²⁸ proceso en lo cual el Juez Constitucional

²⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002. A ello se sumaron diversas “modificaciones” o “reformas” al texto introducidas con ocasión de “correcciones de estilo” para su publicación lo que ocurrió el 30 de diciembre de 1999. Véase Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la ilegítima “Exposición de Motivos” de la Constitución de 1999 relativa al sistema de justicia constitucional”, en la *Revista de Derecho Constitucional*, N° 2, Enero-Junio 2000, Caracas 2000, pp. 47-59

²⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002, 405 pp.; y *Golpe de Estado Constituyente, Estado Constitucional y Democracia*, Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VIII, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, 1018 pp.

²⁷ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 81 ss.

²⁸ Sobre la intervención del Poder Judicial véase Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en

jugó un rol estelar, configurándose una contradicción inconcebible: que un Juez Constitucional pueda tener como misión la de demoler las instituciones del Estado de derecho y destruir las bases del sistema democrático.

Y todo ello, en contraste con lo que dispuso la Constitución al declarar que la soberanía reside “intransferiblemente” en el pueblo, es decir, que sólo y siempre reside en el pueblo y nadie puede asumirla, ni siquiera una Asamblea Constituyente la cual, por supuesto, nunca podría ser “soberana” y menos aún “soberanísima” como, por ejemplo, tantas veces e impropiedades se la calificó en 1999,²⁹ y 2017.³⁰ En la Constitución de 1999, incluso, al regularse la Asamblea Nacional Constituyente se señala que “el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario” (art. 347) el cual, por tanto, no puede jamás ser transferido a Asamblea alguna.

Sin embargo, de hecho, estas previsiones no se han cumplido, como se evidencia de las muestras constituyentes realizadas en desprecio de la Constitución al presentarse un proyecto de reforma de la misma en 2007 por el Presidente Chávez,³¹ la cual afortunadamente fue rechazada por el pueblo mediante referendo, pero cuyo contenido, que buscaba la creación de un Estado Comunal paralelo al Estado Constitucional, era más bien lo propio de una Asamblea Constituyente. Sin embargo, de nuevo el Juez Constitucional fue el que se negó a controlar el despropósito.³²

Venezuela 1999-2004”, en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174; “La Justicia sometida al poder y la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)”, en *Derecho y democracia. Cuadernos Universitarios*, Organismo de Divulgación Académica, Vicerrectorado Académico, Universidad Metropolitana, Año II, N° 11, Caracas, septiembre 2007, pp. 122-138; “Sobre la ausencia de carrera judicial en Venezuela: jueces provisorios y temporales y la irregular Jurisdicción Disciplinaria Judicial,” en *Revista de Derecho Funcionario*, Números 12-19, Mayo 2014 – Diciembre 2016, Edición especial, Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2018, pp. 8-26.

²⁹ Véase los comentarios críticos sobre esto en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 67 ss.

³⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Usurpación Constituyente 1999, 2017. La historia se repite: una vez como farsa y la otra como tragedia*, Colección Estudios Jurídicos, No. 121, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2018, 654 pp.

³¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado socialista, centralizado, policial y militarista. Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Colección Textos Legislativos, No. 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007; *La reforma constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Colección Textos Legislativos, No.43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

³² Véase Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional vs. la supremacía constitucional O de cómo la jurisdicción constitucional en Venezuela renunció a controlar la constitucionalidad del procedimiento seguido para la ‘reforma constitucional’ sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, antes de que fuera rechazada por el pueblo en el referendo del 2 de

Diez años después, el 1° de mayo de 2017, se produjo la inconstitucional convocatoria por decreto Ejecutivo de otra Asamblea Nacional Constituyente³³ - usurpando el carácter del pueblo como depositario del poder constituyente originario - para supuestamente transformar el Estado, adoptar un nuevo ordenamiento jurídico y dictar una nueva Constitución buscando de nuevo constitucionalizar el Estado Comunal rechazado por el pueblo en 2007.³⁴ Esta vez, además, en fraude a la voluntad popular y sin consultar al pueblo como lo exigía la Constitución (art. 347),³⁵ estableciéndose medios para elegir la Asamblea por sectores y territorios, contrariando a la propia Constitución que proscribió cualquier forma de representación grupal, sectorial, de clase o territorial. Y de nuevo, el Juez Constitucional fue el que se negó a controlar tal violación y usurpación de la soberanía popular,³⁶ considerando en definitiva que aunque se requiera de un referendo popular para cambiar una simple “coma” en una frase de un artículo en la Constitución (mediante los procedimientos de Enmienda constitucional, o de Reforma constitucional), sin embargo, para reformar *toda la Constitución y sustituir el texto vigente por otro nuevo*, no se necesita consultar al pueblo.³⁷

Dicha Asamblea Nacional Constituyente de 2017, en todo caso, cesó en diciembre de 2019 sin haber cumplido con su misión de supuestamente crear el Estado Comunal, el cual en verdad, en fraude y desprecio a la Constitución y a la voluntad popular que lo había rechazado en 2007, ya se había establecido inconstitucionalmente en la Ley los Consejos Comunales sancionada en 2006,³⁸

diciembre de 2007,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor y César de Jesús Molina Suárez (Coordinadores), *El juez constitucional en el Siglo XXI*, Universidad nacional Autónoma de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2009, Tomo I, pp. 385-435.

³³ Véase *Gaceta Oficial* No. 6295 Extraordinario de 1 de mayo de 2017.

³⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La proyectada reforma constitucional de 2007, rechazada por el poder constituyente originario”, en *Anuario de Derecho Público* 2007, Año 1, Instituto de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas 2008, pp. 17-65.

³⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, Véase sobre ello lo que hemos expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Reforma constitucional y fraude a la Constitución (1999-2009)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009, p. 64-66; y en *La Constitución de 1999 y la Enmienda constitucional No. 1 de 2009*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 299-300.

³⁶ Véase sentencia No. 378 de 31 de mayo de 2017. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El Juez Constitucional vs. El pueblo como poder constituyente originario. De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia avaló la inconstitucional convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, arrebatándole al pueblo su derecho exclusivo a convocarla,” en Allan R. Brewer-Carías y Carlos García Soto (Coordinadores), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Colección Estudios Jurídicos No. 119, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 481-494.

³⁷ Ante las críticas generalizadas, mediante Decreto No. 2889 de 4 de junio de 2017 (*Gaceta Oficial* No. 6303 Extra de 4 de junio de 2017), el Presidente de la república “complementó las bases comiciales” exhortando a la Asamblea Nacional Constituyente que se elija para someter a referendo aprobatorio la Constitución que se sancione.

³⁸ Véase en *Gaceta Oficial* N° 5.806 Extra. de 10-04-2006. Véase Allan R. Brewer-Carías, “El inicio de la desmunicipalización en Venezuela: La organización del Poder Popular para eli-

y luego, en 2010, en las Leyes Orgánicas del Poder Popular y de las Comunas,³⁹ y además, con la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal,⁴⁰ las cuales establecieron el marco normativo de ese nuevo Estado, *paralelo al Estado Constitucional*, desconstitucionalizándolo, denominado “Estado Comunal” o Estado del “Poder Popular,” como se explica más adelante.

Por tanto, la desconstitucionalización del Estado no sólo tiene su origen en los atentados a la soberanía popular y su usurpación para promover y realizar cambios a la Constitución sin la debida participación del pueblo, y lo más grave aún, como se verá, hacerlo mediante leyes ordinarias, sino en el hecho de que el órgano llamado a ser el guardián de la Constitución, que es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, al estar controlada políticamente por el gobierno, ha conducido a que mediante su abstención para ejercer el control de la inconstitucionalidad de las leyes que se dictan impunemente violando la Constitución, la Constitución se haya convertido en un documento sin rigidez.

Es decir, la Constitución en Venezuela, desde su sanción, puede decirse que perdió todo valor de norma suprema producto de la soberanía popular, y por la abstención del Juez Constitucional en velar por su supremacía, se convirtió en un conjunto normativo maleable por absolutamente todos los poderes públicos, cuyas normas, una vez abandonada su rigidez, han tenido en la práctica la vigencia y el alcance que dichos órganos han dispuesto mediante inconstitucionales leyes ordinarias y decretos leyes, que el Juez Constitucional se ha negado a juzgar y controlar.

Adicionalmente a la desconstitucionalización por abstención del Juez Constitucional de controlar la supremacía de la Constitución, esta también se ha desconstitucionalizado por la acción directa y activa del mismo Juez Constitucional controlado políticamente, mediante sentencias de interpretación constitucional, o mediante mutaciones ilegítimas de la Constitución, todas hechas a la medida y

minar la descentralización, la democracia representativa y la participación a nivel local”, en AIDA, *Opera Prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores de Acatlán, Coordinación de Postgrado, Instituto Internacional de Derecho Administrativo “Agustín Gordillo”, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México, 2007, pp. 49 a 67.

³⁹ Véase en Gaceta *Oficial* N° 6.011 Extra. de 21 de diciembre de 2010. La Sala Constitucional mediante sentencia N° 1330 de 17 de diciembre de 2010 declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de esta Ley. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1330-171210-2010-10-1436.html>. Véase en general sobre estas leyes, Allan R. Brewer-Carías, Claudia Nikken, Luis A. Herrera Orellana, Jesús María Alvarado Andrade, José Ignacio Hernández y Adriana Vigilancia, *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal (Los consejos comunales, las comunas, la sociedad socialista y el sistema económico comunal)*, Colección Textos Legislativos N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011; Allan R. Brewer-Carías, “La Ley Orgánica del Poder Popular y la desconstitucionalización del Estado de derecho en Venezuela,” en *Revista de Derecho Público*, N° 124, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 81-101.

⁴⁰ Véase en Gaceta *Oficial* N° 6.015 Extra. de 28 de diciembre de 2010.

en general a petición del propio abogado del Estado, para “garantizar” que dichas actuaciones inconstitucionales no serán controladas.⁴¹

En esta forma, lo primero que se ha vaciado en la Constitución Política de Venezuela, ha sido el principio del constitucionalismo y de la soberanía popular, produciéndose la desconstitucionalización generalizada del Estado.

SEGUNDA PARTE

EL VACIAMIENTO DEL PRINCIPIO DE DEMOCRATIZACIÓN: LA DESDEMOCRATIZACIÓN Y LA BÚSQUEDA DE ELIMINACIÓN DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

A la violación del principio del constitucionalismo y de la soberanía popular, que ha originado la desconstitucionalización del Estado, le ha seguido, como política de Estado, un proceso de desprecio del principio de la democracia representativa, propendiendo su sustitución por una llamada democracia “participativa.”

El principio democrático está definido en la Constitución de 1999 al expresar en cuyo artículo 5, que:

“La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la Ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.”

De esta norma resulta que la soberanía popular y la democracia representativa⁴² son principios consustanciales e indisolubles, implicando que sea imposible

⁴¹ Véase sobre la mutación constitucional por la sala Constitucional véase: Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)”, en *IUSTEL, Revista General de Derecho Administrativo*, No. 21, junio 2009, Madrid, ISSN-1696-9650.

⁴² Véase sobre la soberanía y la democracia representativa, Alla R. Brewer-Carías, “El principio de la soberanía popular, el republicanismo y el gobierno democrático representativo”, en Allan R. Brewer-Carías y José Araujo Juárez (Coordinadores), *Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional 2020, pp. 15-39; Pedro L. Bracho Grand y Miriam Álvarez de Bozo, “Democracia representativa en la Constitución Nacional de 1999”, en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001, pp. 235-254; y Ricardo Combellas, “Representación vs. Participación en la Constitución Bolivariana. Análisis de un falso dilema”, en *Bases y principios del sistema constitucional venezolano (Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional realizado en San Cristóbal del 21 al 23 de noviembre de 2001)*, Volumen II, pp. 383-402.

pensar en un régimen democrático, que pueda haber el principio de la soberanía popular sin el principio de la representatividad.⁴³ Éste, en sí mismo, es de la esencia de la democracia, y los vicios que la misma pueda tener lo que exigen es perfeccionarla, pero no eliminarla. Es decir, la crisis que pueda haber afectado en determinadas circunstancias la representatividad democrática, no puede conducir a su eliminación, sino a su perfeccionamiento.⁴⁴ Todo ello, para ampliar el radio de la representatividad, y permitir que el pueblo, sus lugares y comunidades encuentren representación directa en las Asambleas representativas.

Esta democracia representativa es la que se regula en dicho artículo 5 de la Constitución, cuando declara que la soberanía reside en el pueblo indicando que la ejerce “indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público,” para lo cual se regula además el artículo 62, el derecho de los ciudadanos de participar libremente en los asuntos públicos “por medio de sus representantes elegidos”.

De ello deriva, por tanto, que la representatividad democrática siempre tiene que tener su origen en elecciones populares (art. 70), y que éstas están destinadas a elegir los titulares de los órganos que ejercen el Poder Público (que son los que establece la Constitución conforme a los principios de distribución y separación del Poder Público, art. 136), mediante sufragio universal, directo y secreto (art. 63). De allí incluso que se hable de la democracia como derecho ciudadano,⁴⁵ que implica que en el funcionamiento del régimen político se tengan que garantizar sus *elementos esenciales*, tal como los enumeró la *Carta Democrática Interamericana* de la Organización de Estados Americanos en 2001, y que son, además del respeto al conjunto de los derechos humanos y de las libertades fundamen-

⁴³ Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, Tomo I, pp. 184 ss.

⁴⁴ Las críticas a la democracia representativa deben ser para perfeccionarla, no para eliminarla y menos para sustituirla por la llamada “democracia participativa.” Véase por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, “Sobre los elementos de la democracia como régimen político: representación y control del poder,” en *Revista Jurídica Digital IUREced*, Edición 01, Trimestre 1, 2010-2011, en <http://www.megaupload.com/?d=ZN9Y2W1R>; “La necesaria revalorización de la democracia representativa ante los peligros del discurso autoritario sobre una supuesta “democracia participativa” sin representación,” en *Derecho Electoral de Latinoamérica. Memoria del II Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral*, Bogotá, 31 agosto-1 septiembre 2011, Consejo Superior de la Judicatura, ISBN 978-958-8331-93-5, Bogotá 2013, pp. 457-482; “Participación y representatividad democrática en el gobierno municipal,” en la *Revista Ita Ius Esto, Revista de Estudiantes* (<http://www.itauesto.com/>), In *Memoriam Adolfo Céspedes Zavaleta*, Lima 2011, pp. 11-36; en <http://www.itauesto.com/participacion-y-representacion-democratica-en-el-gobierno-municipal/>

⁴⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Algo sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: el reconocimiento del derecho a la constitución y del derecho a la democracia,” en Sergio J. Cuarezma Terán y Rafael Luciano Pichardo (Directores), *Nuevas tendencias del derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*, Instituto de Estudios e Investigación Jurídica (INEJ), Managua 2011, pp. 73-94.

tales: 1) el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; 2) *la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo*; 3) el régimen plural de partidos y organizaciones políticas y 4) la separación e independencia de los poderes públicos (Art. 3).

No hay por tanto democracia sin representación política establecida mediante el sufragio, lo que impide que deba perfeccionarse haciendo más efectiva la participación del ciudadano en los procesos políticos, lo que se logra además de con el voto a través de procesos electorales libres, justos, competitivos y verificables organizados por un árbitro electoral (Poder Electoral) efectivamente autónomo e independiente; con un proceso de descentralización política a los efectos de acercar el poder al ciudadano, lo que solo puede lograrse mediante la estructuración de entidades políticas territoriales para hacer realidad el derecho a la participación.

Pero lo que no puede admitirse es que se pretenda sustituir la democracia representativa por una supuesta “democracia participativa” que ha difundido el discurso autoritario del cual hemos sido testigos en Venezuela durante las dos primeras décadas del siglo XXI, confundiendo en general, indebidamente, la democracia participativa con elementos de democracia directa,⁴⁶ eliminando la descentralización del poder e impidiendo la propia participación política ciudadana.

La representación (democracia directa) no se contrapone a la participación sino a la democracia directa;⁴⁷ y a lo que se opone la participación es a la “exclusión” política.

⁴⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La democracia representativa y la falacia de la llamada “democracia participativa, sin representación,” en Jorge Fernández Ruiz (Coordinador), *Estudios de Derecho Electoral. Memoria del Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral*, Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho, Facultad de Estudios Superiores Aragón, Facultad de Derecho y Criminología, Universidad Autónoma de Nuevo León, México 2011, pp. 25 a 36. Véase Allan R. Brewer-Carías, “La necesaria revalorización de la democracia representativa ante los peligros del discurso autoritario sobre una supuesta “democracia participativa” sin representación,” en *Derecho Electoral de Latinoamérica. Memoria del II Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral*, Bogotá, 31 agosto-1 septiembre 2011, Consejo Superior de la Judicatura, ISBN 978-958-8331-93-5, Bogotá 2013, pp. 457-482. Véase además, el libro Allan R. Brewer-Carías, *Sobre la democracia* (con Prólogo de Mariela Morales Antoniazzi), Editorial Jurídica Venezolana, New York / Caracas 2019, 576 pp.

⁴⁷ Como lo ha señalado la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia N° 1037 de 1 de agosto de 2000 (Caso: *Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización Miranda (APRUM) vs. Alcaldía del Municipio Sucre del Estado Miranda*): “La democracia participativa no choca necesariamente con la democracia representativa, ni se excluyen, y dentro de un sistema Republicano necesariamente deben haber autoridades, Poderes Públicos que representen a los demás, y esa es la esencia misma de la República como tal; son estos entes representativos quienes van a establecer las normas para poder permitir la participación, porque toda participación debe estar sujeta a unas normas o a un principio de legalidad que establezca cuáles son los poderes de la Administración Pública y en qué manera los ciudadanos

Por ello, no es sino un falseamiento de la democracia el pretender vender, en el discurso autoritario, a una supuesta “democracia participativa” para superar los vicios de la democracia representativa, mediante el establecimiento de mecanismos de democracia directa que lo que persiguen es eliminar la representatividad; y sobre todo, estableciéndolos en paralelo a los propios órganos electos del Estado Constitucional para hacerle creer al ciudadano que participa, cuando lo que se está es sometiéndolo al control del poder central, como ha ocurrido en Venezuela con todo el entramado del llamado Estado del Poder Popular y los Consejos Comunales.⁴⁸ Lo cierto sin embargo, es que no puede existir en el mundo contemporáneo una democracia que sea sólo refrendaria, plebiscitaria o de cabildos abiertos permanentes como los concejos comunales., y menos si sus “voceros” no son electos mediante sufragio universal, directo y secreto.

En todo caso, como producto del discurso autoritario de querer implantar una supuesta democracia participativa eliminando la democracia representativa, durante los últimos veinte años hemos sido testigos en Venezuela, de nuevo, de un proceso desarrollado en colusión entre el Poder Ejecutivo y el Juez Constitucional, siendo éste último el instrumento directo del proceso de demolición sistemática no sólo del principio democrático representativo, incluso del propio principio democrático participativo, además del principio del gobierno alternativo y electivo, del antes mencionado principio de la separación de poderes y el principio descentralizador del Estado federal

En este campo, por tanto, la primera víctima del Juez Constitucional ha sido el principio democrático representativo⁴⁹ que ha sido sucesivamente lesionado, para cuyo efecto, el mismo Juez Constitucional afectó el derecho político de los ciudadanos a elegir representantes en fraude a la representación proporcional (2006); avaló las inconstitucionales inhabilitaciones políticas que afectaron el derecho de ex funcionarios públicos a ser electos (2008, 2011); arrebató a una diputada en ejercicio el poder continuar ejerciendo su mandato, revocándose inconstitucionalmente (2014); revocó ilegítima e inconstitucionalmente el mandato popular a varios Alcaldes, usurpando las competencias de la Jurisdicción Penal (2014); demolió el principio del gobierno democrático electivo y representativo,

pueden hacerse parte de la actividad administrativa y la participación legítima a los órganos de representación republicanos, razón por la cual ambos tipos de democracia se complementan.” Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 83 (julio-septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 394.

⁴⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El populismo constitucional y el “nuevo constitucionalismo.” O de cómo se destruye una democracia desde dentro,” en el libro de Juan Carlos Cassagne y Allan R. Brewer-Carías, *Estado Populista y Populismo Constitucional*, Ediciones Olejnik, Editorial Jurídica Venezolana, 2020, pp. 121 ss.

⁴⁹ En este punto seguimos lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, “El Juez Constitucional en Venezuela y la destrucción del principio democrático representativo,” en *Revista de Derecho Público*, No. 155-156, julio-diciembre de 2018, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2018, pp. 7-44.

al imponerle a los venezolanos un gobierno sin legitimidad democrática en 2013, sin determinar con certeza el estado de salud, del Presidente Hugo Chávez Frías, o si estaba vivo; eliminó la exigencia de sufragio para designación de autoridades municipales (2017), eliminó el sufragio universal, directo y secreto en la elección de diputados en representación de las comunidades indígenas (2020), y eliminó el carácter alternativo del gobierno (2009).⁵⁰

Entre estas violaciones a la democracia representativa, debe mencionarse el esfuerzo que desde 2007 comenzó a hacer el Presidente Hugo Chávez para eliminar el sufragio y representación del país, plasmado en el proyecto de reforma constitucional que presentó a la Asamblea Nacional para la creación del Estado Comunal o del Poder Popular,⁵¹ con la cual buscaba reformar el artículo 136 de la Constitución para establecer una “democracia” sin representación, es decir, según lo que fueron sus propias palabras, que “no nace del sufragio ni de elección alguna, sino que nace de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población.”⁵²

La propuesta de reforma constitucional que buscaba eliminar el sufragio y la democracia representativa y su sustitución por una supuesta “democracia participativa,” como se dijo, fue rechazada por el pueblo, lo que no impidió a Chávez implementar inconstitucionalmente la reforma mediante un conjunto de Leyes Orgánicas, primero sobre los Consejos Comunales sancionada en 2006,⁵³ y luego sobre el Poder Popular y las Comunas sancionada en 2010,⁵⁴ junto con la reforma

⁵⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La democracia y su desmantelamiento usando la justicia constitucional: Peligros del autoritarismo,” O de cómo, en Venezuela, el Juez Constitucional demolió los principios de la democracia representativa, de la democracia participativa y del control del poder), preparado para la conferencia del autor sobre “Democracia y Justicia Constitucional: Peligros del Autoritarismo,” en *Elecciones y democracia en América latina: El desafío autoritario – populista (Coloquio Iberoamericano, Heidelberg, septiembre 2019, homenaje a Dieter Nohlen)*, (Editor: Allan R. Brewer-Carías), Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas 2020, pp. 98-117.

⁵¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista, Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Colección Textos Legislativos, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, 157 pp.

⁵² Véase *Discurso de Orden pronunciado por el ciudadano Comandante Hugo Chávez Frías, Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela en la conmemoración del Ducentésimo Segundo Aniversario del Juramento del Libertador Simón Bolívar en el Monte Sacro y el Tercer Aniversario del Referendo Aprobatorio de su mandato constitucional*, Sesión especial del día Miércoles 15 de agosto de 2007, Asamblea Nacional, División de Servicio y Atención legislativa, Sección de Edición, Caracas 2007, p. 35.

⁵³ Véase en *Gaceta Oficial* N° 39.335 de 28 de diciembre de 2009. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica de Consejos Comunales*, Colección Textos Legislativos, N° 46, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010.

⁵⁴ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21 de diciembre de 2010. La Sala Constitucional mediante sentencia N° 1330 de 17 de diciembre de 2010 declaró la constitucionalidad

de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal,⁵⁵ estableciendo el marco normativo de un nuevo Estado *paralelo al Estado Constitucional*, desconstitucionalizándolo,⁵⁶ denominado “Estado Comunal” o del “Poder Popular.”⁵⁷

En ese nuevo esquema se configuró un sistema político estatal ignorándose la democracia representativa al establecerse que los “voceros” de los Consejos Comunales, sin autonomía política, no son electos por sufragio universal, directo y secreto, sino a mano alzada “en nombre del pueblo,” por asambleas controladas por el partido oficial y por el Ejecutivo Nacional. Además, en dichas leyes, se le asignó a los “voceros” de los Consejos Comunales la función de designar a los miembros de las Juntas Parroquiales, las cuales, en consecuencia, fueron “degradadas,” dejando de ser las “entidades locales” que son conforme a la Constitución, con gobiernos electos por sufragio universal directo y secreto; pasando a ser simples órganos “consultivos, de evaluación y articulación entre el Poder Popular y los órganos del Poder Público Municipal” (art. 35), cuyos miembros, además, los deben designar los voceros de los consejos comunales de la parroquia respec-

del carácter orgánico de esta Ley. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1330-171210-2010-10-1436.html>. Véase en general sobre estas leyes, Allan R. Brewer-Carías, Claudia Nikken, Luis A. Herrera Orellana, Jesús María Alvarado Andrade, José Ignacio Hernández y Adriana Vigilanza, *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal (Los consejos comunales, las comunas, la sociedad socialista y el sistema económico comunal)*, Colección Textos Legislativos N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011; Allan R. Brewer-Carías, “La Ley Orgánica del Poder Popular y la desconstitucionalización del Estado de derecho en Venezuela,” en *Revista de Derecho Público*, N° 124, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 81-101.

⁵⁵ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.015 Extra. de 28 de diciembre de 2010.

⁵⁶ Véase en general sobre este proceso de desconstitucionalización del Estado, Allan R. Brewer-Carías, “La desconstitucionalización del Estado de derecho en Venezuela: del Estado Democrático y Social de derecho al Estado Comunal Socialista, sin reformar la Constitución,” en *Libro Homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández, Diversas Disciplinas Jurídicas*, (Coordinación y Compilación Astrid Uzcátegui Angulo y Julio Rodríguez Berrizbeitia), Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Monteávila, Universidad Central de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Vol. V, Caracas 2012, pp. 51-82; en Carlos Tablante y Mariela Morales Antonorzi (Coord.), *Descentralización, autonomía e inclusión social. El desafío actual de la democracia*, Anuario 2010-2012, Observatorio Internacional para la democracia y descentralización, En Cambio, Caracas 2011, pp. 37-84; y en *Estado Constitucional*, Año 1, N° 2, Editorial ADRUS, Lima, junio 2011, pp. 217-236.

⁵⁷ El 1 de marzo de 2021, la Asamblea Nacional ilegítimamente electa en diciembre de 2020, aprobó en primera discusión la Ley Orgánica de las Ciudades Comunales, y la Ley Orgánica del Parlamento Popular Nacional, como se expresa en el artículo 1 de la última para se “aplicación en las diferentes escalas del Sistema Nacional de Agregación Comunal, como instancias de participación democrática, protagónica y decisoria para el ejercicio directo de la soberanía popular y sus relaciones con entes u órganos del poder público para la deliberación, legislación, formulación, ejecución, control y evaluación de las políticas públicas, así como de los planes, programas, normas y proyectos que propicien el desarrollo de la comunalización del Estado como vía de materialización del Socialismo Comunal y Bolivariano del Siglo XXI.” Véase: <http://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/an-aprobo-el-plan-legislativo-nacional-2021-con-35-leyes-de-interes-prioritario-para-el-pais>

tiva (art. 35), y sólo de entre aquellos avalados por la Asamblea de Ciudadanos “de su respectivo consejo comunal” (art. 36).⁵⁸

Por ser inconstitucionales, dichas Leyes Orgánicas del Poder Popular fueron impugnadas ante la Sala Constitucional, al igual que la Ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Municipal de 2010, caso éste último que la Sala Constitucional si conoció mediante sentencia No. 355 de 16 de mayo de 2017,⁵⁹ en la cual simplemente y desconociendo el pilar de la democracia en Venezuela, que es la democracia representativa, admitió la posibilidad de que los miembros de las Juntas Parroquiales fueran designados por los Consejos Comunales, en un proceso que ni siquiera es una elección de segundo grado, porque no hay elección de primer grado en la designación a mano alzada de los voceros de los consejos comunales; y ello lo hizo para pretender privilegiar la “participación sin sufragio” sobre la participación mediante el sufragio, siguiendo la misma retórica “participativa” vacía que ha utilizado en muchas de sus decisiones anteriores, afirmando que el “derecho general a participar en los procesos de decisión en las distintas áreas” se ha establecido sin haber sido limitado a “la designación de representantes a cargos públicos de representación popular, toda vez que lo que se plantea, en definitiva, es el protagonismo fundamental de ciudadanos, la participación como nuevo paradigma determinante del nuevo régimen constitucional.”

En todo caso, no es que el derecho a la participación política previsto en el artículo 62 de la Constitución se limite a la participación mediante el sufragio conforme al artículo 63 del mismo texto constitucional; sino que tratándose de pretendidas entidades políticas territoriales como son los Consejos Comunales, la designación de sus autoridades no puede realizarse en otra forma que no sea mediante elección por sufragio universal, directo y secreto; por lo que, contrario a lo resuelto por la Sala en la sentencia, el artículo 35 de la Ley Orgánica impugnada si estaba viciado de inconstitucionalidad, en lo que respecta a la designación (mal llamada “elección”) de los miembros de las Juntas Parroquiales Comunales, lo que efectivamente sí quebrantaba el derecho constitucional al sufragio.

⁵⁸ Adicionalmente, en forma evidentemente inconstitucional, la Ley de reforma del Poder Municipal de 2010, decretó la “cesación” en sus funciones de “los miembros principales y suplentes, así como los secretarios o secretarías, de las actuales juntas parroquiales, quedando las alcaldías responsables del manejo y destino del personal, así como de los bienes correspondientes” (Disposición Derogatoria Segunda).

⁵⁹ Caso: *impugnación de la Ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal*. Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/199013-355-16517-2017-11-0120>. HTML. Véase los comentarios a esta sentencia en Emilio J. Urbina Mendoza, “Todas las asambleas son sufragios, y muchos sufragios también son asambleas. La confusión lógica de la sentencia 355/2017 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la incompatibilidad entre los conceptos de sufragio y voto asambleario,” y José Ignacio Hernández G., “Sala Constitucional convalida la desnaturalización del Municipio. Notas sobre la sentencia N° 355/2017 de 16 de mayo,” en *Revista de Derecho Público*, N° 150-151 (enero-junio 2017), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 107-116 y 349-352.

TERCERA PARTE

EL VACIAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN
DE PODERES: LA CONCENTRACIÓN DEL PODER

Luego de la demolición del principio del constitucionalismo, y el desprecio a la soberanía popular, y la destrucción del principio de la democracia representativa, en el caso Venezolano lo siguió el vaciamiento del primer y fundamental pilar de la Constitución en un Estado democrático de derecho, que es el de la separación e independencia de los poderes públicos y del control recíproco entre los mismos, es decir, el de la desconcentración del poder, sin el cual el mismo simplemente no existe; principio que está destinado a asegurar que el ejercicio del poder esté sometido a control, particularmente al que debe ejercer una Justicia autónoma e independiente.⁶⁰

Este principio, inserto en la Constitución, en los últimos veinte años en Venezuela, no ha sido sino otra máscara para el establecimiento, en su lugar, de un Estado Totalitario, de concentración y centralización total del poder, donde por supuesto ninguno de los elementos esenciales y de los componentes fundamentales de la democracia que se definen en la Carta Democrática Interamericana de 2001, se ha asegurado.⁶¹

Se ha ignorado, en todo caso, que para que pueda existir un Estado democrático, por sobre todo, el mismo tiene que estar montado sobre el dicho principio de la separación e independencia de los poderes públicos,⁶² pues sin control del poder, en definitiva no pueden realizarse verdaderas elecciones libres, justas y confiables; no puede haber pluralismo político, ni acceso al poder conforme a la Constitución; no puede haber efectiva participación en la gestión de los asuntos públicos, ni transparencia administrativa en el ejercicio del gobierno, ni rendición de cuentas

⁶⁰ Véase sobre el tema Gustavo Tarre Briceño, *Solo el poder detiene al poder, La teoría de la separación de los poderes y su aplicación en Venezuela*, Colección Estudios Jurídicos N° 102, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014; y Jesús María Alvarado Andrade, “División del Poder y Principio de Subsidiariedad. El Ideal Político del Estado de Derecho como base para la Libertad y prosperidad material” en Luis Alfonso Herrera Orellana (Coord.), *Enfoques Actuales sobre Derecho y Libertad en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, pp. 131-185.

⁶¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

⁶² Véase sobre el tema Gustavo Tarre Briceño, *Solo el poder detiene al poder, La teoría de la separación de los poderes y su aplicación en Venezuela*, Colección Estudios Jurídicos N° 102, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014; y Jesús María Alvarado Andrade, “División del Poder y Principio de Subsidiariedad. El Ideal Político del Estado de Derecho como base para la Libertad y prosperidad material” en Luis Alfonso Herrera Orellana (Coord.), *Enfoques Actuales sobre Derecho y Libertad en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, pp. 131-185.

por parte de los gobernantes; en fin, no puede haber sumisión efectiva del gobierno a la Constitución y las leyes, así como subordinación de los militares al gobierno civil; no puede haber efectivo acceso a la justicia; y real y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos, incluyendo la libertad de expresión y los derechos sociales.⁶³

Al contrario de todo ello, en Venezuela, las promesas de la Constitución fueron olvidadas y lo que se estableció fue un Estado donde todo el poder se ha concentrado en las manos del Poder Ejecutivo al cual todos los otros Poderes Públicos están sometidos, particularmente el Tribunal Supremo de Justicia y el órgano electoral, e incluso la propia Asamblea Nacional (excepto entre 2015 y 2020, cuando estuvo controlada por la oposición al gobierno).

En ese proceso de concentración del poder y demolición del principio de separación de poderes, lo más grave en Venezuela ha sido el efecto devastador que para todas las instituciones del Estado ha tenido el control político que el Poder Ejecutivo ha ejercido sobre el Poder Judicial; proceso que comenzó desde 1999 como consecuencia del régimen transitorio adoptado por la Asamblea Constituyente, interviniendo todo el Poder Judicial.⁶⁴ Con el mismo, en particular, se comenzó a integrar el Tribunal Supremo de Justicia con magistrados controlados para asegurar su sujeción al Poder Ejecutivo; todo lo cual condujo al secuestro total de la Judicatura, integrada toda por jueces provisorios o temporales⁶⁵ completamente sometidos a presiones políticas, quienes incluso, en la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supre-

⁶³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Prólogo” al libro de Gustavo Tarre Briceño, *Solo el poder detiene al poder. La teoría de la separación de los poderes y su aplicación en Venezuela*, Colección Estudios Jurídicos N° 102, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 13-49; “El principio de la separación de poderes como elemento esencial de la democracia y de la libertad, y su demolición en Venezuela mediante la sujeción política del Tribunal Supremo de Justicia,” en *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo, Homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Año 12, N° 12, Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo Prof. Jesús González Pérez, San José, Costa Rica 2012, pp. 31-43.

⁶⁴ Véase nuestro voto salvado a la intervención del Poder Judicial por la Asamblea Nacional Constituyente en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, (8 agosto–8 septiembre), Caracas 1999; y las críticas formuladas a ese proceso en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

⁶⁵ En el *Informe Especial* de la Comisión sobre Venezuela correspondiente al año 2003, la misma también expresó, que “un aspecto vinculado a la autonomía e independencia del Poder Judicial es el relativo al carácter provisorio de los jueces en el sistema judicial de Venezuela. Actualmente, la información proporcionada por las distintas fuentes indica que más del 80% de los jueces venezolanos son “provisionales”. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela 2003*, párr. 161. Véase en Allan R. Brewer-Carías y Asdrúbal Aguiar (Editores), *Venezuela. Informes sobre violaciones grave de derechos humanos*, Iniciativa Democrática España América, Editorial Jurídica Venezolana, Miami 2019, 160 pp.

mo de 2004, pudieron ser despedidos sin garantías algunas del debido proceso.⁶⁶

El resultado de todo ello ha sido el trágico sometimiento del Poder Judicial a los designios del Poder Ejecutivo,⁶⁷ funcionando como instrumento al servicio del gobierno del Estado y de su política autoritaria;⁶⁸ tal cual como aquellos jueces del horror del régimen nazi.

Por ello, no es de extrañar que, con toda vergüenza para Venezuela, en tiempos recientes se hayan dictado decisiones por Cortes Supremas como las de Costa Rica, de Brasil y de Chile, negando solicitudes de extradición formuladas por el Estado venezolano, por considerar que los posibles extraditables de concretarse la extradición, no tendrían aseguradas las garantías de debido proceso en el país.⁶⁹

Controlado el Poder Judicial, el control político ejercido sobre el Tribunal Supremo y, en particular, sobre su Sala Constitucional, la ha convertido, en lugar del guardián de la Constitución, en el instrumento para demoler el Estado de derecho y con ello, destruir las bases del sistema del Estado democrático de derecho.

⁶⁶ Como lo destacó la misma Comisión Internacional de Juristas, en un *Informe* de marzo de 2014, que resume todo lo que en el país se ha venido denunciando en la materia, al dar “cuenta de la falta de independencia de la justicia en Venezuela,” se destaca que “el Poder Judicial ha sido integrado desde el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) con criterios predominantemente políticos en su designación. La mayoría de los jueces son “provisionales” y vulnerables a presiones políticas externas, ya que son de libre nombramiento y de remoción discrecional por una Comisión Judicial del propio Tribunal Supremo, la cual, a su vez, tiene una marcada tendencia partidista.” Véase en <http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A4-elec.pdf>

⁶⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición de la autonomía en independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999–2004),” en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33–174; y “La justicia sometida al poder [La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999–2006)]” en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007*, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 25–57; “La demolición de las instituciones judiciales y la destrucción de la democracia: La experiencia venezolana,” en *Instituciones Judiciales y Democracia. Reflexiones con ocasión del Bicentenario de la Independencia y del Centenario del Acto Legislativo 3 de 1910*, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Bogotá 2012, pp. 230–254.

⁶⁸ Por ello, la Comisión Internacional de Juristas de Ginebra, en 2014 concluyó considerando que: “Un sistema de justicia que carece de independencia, como lo es el venezolano, es comprobablemente ineficiente para cumplir con sus funciones propias. En este sentido en Venezuela, [...] el poder judicial, precisamente por estar sujeto a presiones externas, no cumple su función de proteger a las personas frente a los abusos del poder sino que por el contrario, en no pocos casos es utilizado como mecanismo de persecución contra opositores y disidentes o simples críticos del proceso político, incluidos dirigentes de partidos, defensores de derechos humanos, dirigentes campesinos y sindicales, y estudiantes. Véase en <http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A4-elec.pdf>

⁶⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Las Cortes Supremas de Costa Rica, Brasil y Chile condenan la falta de garantías judiciales en Venezuela. De cómo, ante la ceguera de los gobiernos de la

Así, después de más de cuarenta años de consolidación de un sistema de Justicia Constitucional autónoma e independiente como la que impartió la antigua Corte Suprema de Justicia (1958-1998),⁷⁰ la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia creada en 1999, durante los últimos 20 años, lejos de haber actuado para garantizar el Estado social y democrático de derecho y de justicia que quedó plasmado en el texto de la Constitución de 1999, ha sido el más importante instrumento utilizado por el régimen autoritario, ya dictatorial, para demoler sus bases y principios;⁷¹ y ello, además en nombre del antes mencionado y supuesto “nuevo constitucionalismo” latinoamericano, y de la suplantación de la democracia representativa por una supuesta democracia participativa.

Para ello, el Juez Constitucional en Venezuela ha utilizado todos los instrumentos de la justicia constitucional, tal como fueron regulados en la Constitución de 1999, y que conformaron un completísimo sistema de Justicia Constitucional de carácter mixto o integral, que combina el llamado método difuso con el método concentrado de control de constitucionalidad.⁷² Todos ellos han sido utilizados, no para controlar la actuación inconstitucional de los órganos del Estado,

región y la abstención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han sido las Cortes Supremas de estos países las que con base en la jurisdicción universal de protección de los derechos humanos, han comenzado a juzgar la falta de autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela, dictando medidas de protección a favor de ciudadanos venezolanos contra el Estado venezolano,” en *Revista de Derecho Público*, No. 143-144, (julio- diciembre 2015, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015, pp. 495-500.

⁷⁰ Véanse todos nuestros trabajos sobre el tema en: Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones del Estado democrático de derecho. Constitución de 1961*, Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV, Caracas 2015, 1180 pp.; *Derechos y garantías constitucionales en la Constitución de 1961 (La Justicia Constitucional)*, Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo V Caracas 2015, 1022 pp.

⁷¹ Sobre el tema nos hemos ocupado desde hace unos años. Véase por ejemplo: Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)”, en *Revista de Administración Pública*, N° 180, Madrid 2009, pp. 383-418; “La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional y la demolición del Estado de derecho en Venezuela,” en *Revista de Derecho Político*, N° 75-76, Homenaje a Manuel García Pelayo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid 2009, pp. 289-325.

⁷² Véase Allan R. Brewer-Carías, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000. Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Universidad Externado de Colombia (Temas de Derecho Público N° 39) y Pontificia Universidad Javeriana (*Quaestiones Juridicae* N° 5), Bogotá 1995; Allan R. Brewer-Carías, “La justicia constitucional en la Constitución de 1999”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., Editorial Porrúa, México 2001, pp. 931-961.

sino para afianzar el autoritarismo en el país.⁷³ Entre esos instrumentos, es de destacar un endémico “proceso autónomo de interpretación abstracta de la Constitución”⁷⁴ que le ha permitido al Juez Constitucional administrar una “justicia constitucional a la carta,” a solicitud del gobierno y, en particular, del Procurador General de la República, mediante la cual ha modificado y mutado ilegítimamente el texto constitucional, legitimando y soportando la estructuración progresiva de un Estado autoritario; y ha desarrollado una carrera de destrucción de todos los principios del Estado democrático de derecho, falseado en más de una ocasión el contenido de la Constitución, “mutándola” ilegítima y fraudulentamente,⁷⁵ usurpando así las potestades del poder constituyente originario.⁷⁶

⁷³ Véase sobre esto Allan R. Brewer-Carías, “Los problemas del control del poder y el autoritarismo en Venezuela”, en Peter Häberle y Diego García Belaúnde (Coordinadores), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo I, México 2011, pp. 159-188.

⁷⁴ Véase Sentencia N° 1077 de la Sala Constitucional de 22 de septiembre de 2000, caso: *Servio Tulio León Briceño*. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 83, Caracas, 2000, pp. 247 y ss. Este criterio fue luego ratificado en sentencias de fecha 9 de noviembre de 2000 (N° 1347), 21 de noviembre de 2000 (N° 1387), y 5 de abril de 2001 (N° 457), entre otras. Así, por la vía de la interpretación abstracta, la Sala se ha auto-atribuido competencias no sólo en materia de interpretación constitucional; sino en relación con los poderes de revisión constitucional de cualquier sentencia dictada por cualquier tribunal, incluso por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia; con los amplísimos poderes de avocamiento en cualquier causa; con los supuestos poderes de actuación de oficio no autorizados en la Constitución; con los poderes de solución de conflictos entre las Salas; con los poderes de control constitucional de las omisiones del Legislador; con la restricción del poder de los jueces de ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes; y con la asunción del monopolio de interpretar los casos de prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Véase en general sobre ello, Allan R. Brewer-Carías, “*Quis Custodiet Ipsos Custodes*: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación,” en *VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional, Perú*, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, septiembre 2005, pp. 463-489; y en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27.

⁷⁵ Véase sobre la ilegítima mutación constitucional por el Juez: Néstor Pedro Sagües, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires 2006, pp. 56-59, 80-81, 165 ss.

⁷⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002, 405 pp.; *La Sala Constitucional versus el Estado democrático de derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas 2004, 172 pp.; *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas 2007; *Práctica y distorsión de la Justicia Constitucional en Venezuela (2008-2012)*, Colección Justicia N° 3, Acceso a la Justicia, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Metropolitana, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, 520 pp.; *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional (De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución)*, Colección Estudios Políticos N° 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, 354 pp.; segunda edi-

Ese rol del Juez constitucional que ha propiciado la concentración del poder se acrecentó a partir de enero de 2016, cuando una nueva Asamblea Nacional electa en diciembre de 2015 pasó a estar controlada por la oposición al gobierno, originando ello una política pública, gracias a la perversa colusión entre el Poder Ejecutivo y el Juez Constitucional, destinada a privar progresivamente a la representación popular de todas sus competencias y funciones.⁷⁷ Todo comenzó en diciembre de 2015, cuando la Asamblea Nacional que había estado controlada por el Ejecutivo desde 2005 estaba terminando su período, mes en el cual la misma no sólo sancionó más de 30 leyes para despojar de competencias legales a la nueva Asamblea, sino que pasó a designar inconstitucionalmente a nuevos magistrados del Tribunal Supremo, todos militantes del partido de gobierno y asegurar así, aún más, el control total del Juez Constitucional.

Con esa nueva composición, el Tribunal Supremo de Justicia, a solicitud del propio Poder Ejecutivo o del partido de gobierno, se dedicó a la tarea de despojar a la Asamblea Nacional de todas sus potestades y funciones mediante una serie interminable de desafueros judiciales, que nadie puede controlar.⁷⁸ Todo ello, incluso, ha dado lugar a que muchos procesos constitucionales,

ción, (Con prólogo de Francisco Fernández Segado), 2015, 426 pp.; *La patología de la Justicia Constitucional*, Tercera edición ampliada, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, 666 pp.; *Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, 532 pp.; segunda edición, (Con prólogo de José Ignacio Hernández), Caracas 2015, 542 pp.; *La ruina de la democracia. Algunas consecuencias. Venezuela 2015*, (Prólogo de Asdrúbal Aguiar), Colección Estudios Políticos, N° 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015, 694 pp.

⁷⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La dictadura judicial y la perversión del Estado de derecho. El juez constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela* (Prólogo de Santiago Muñoz Machado), Ediciones El Cronista, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial IUS-TEL, Madrid 2017, 608 pp.; *La consolidación de la tiranía judicial. El Juez Constitucional controlado por el Poder Ejecutivo, asumiendo el poder absoluto*, Colección Estudios Políticos, N° 15, Editorial Jurídica Venezolana International. Caracas / New York, 2017, 238 pp. Véase, además, los estudios de: Carlos M. Ayala Corao y Rafael J. Chavero Gazdik, *El libro negro del TSJ de Venezuela: Del secuestro de la democracia y la usurpación de la soberanía popular a la ruptura del orden constitucional (2015-2017)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, 394 pp.; *Memorial de agravios 2016 del Poder Judicial. Una recopilación de más de 100 sentencias del TSJ*, 155 pp., investigación preparada por las ONGs: Acceso a la Justicia, Transparencia Venezuela, Sinergia, espacio público, Provea, IPSS, Invesp, en <https://www.scribd.com/document/336888955/Memorial-de-Agravios-del-Poder-Judicial-una-recopilacion-de-mas-de-100-sentencias-del-TSJ>; y José Vicente Haro, “Las 111 decisiones inconstitucionales del TSJ ilegítimo desde el 6D-2015 contra la Asamblea Nacional, los partidos políticos, la soberanía popular y los DDHH,” en *Buscando el Norte*, 10 de julio de 2017, en <http://josevicenteharo-garcia.blogspot.com/2016/10/las-33-decisiones-del-tsj.html>

⁷⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, “*Quis Custodiet Ipsos Custodes*: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación”, en *Revista de Derecho Público*, No 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27.

abandonándose el principio dispositivo, hayan sido iniciados de oficio por el Juez Constitucional.⁷⁹

A partir de 2016, por tanto, la degradación de la Justicia Constitucional,⁸⁰ se empeoró, habiendo dictado la Sala Constitucional más de cien sentencias declarando la inconstitucionalidad de materialmente todas las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional entre 2015 y 2019;⁸¹ procediendo además a reformar el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea para someter la función de legislar de la Asamblea Nacional a la obtención de un Visto Bueno previo del Poder Ejecutivo;⁸² a eliminar las funciones de control político de la Asamblea Nacional sobre el gobierno y la Administración Pública; a imponer el visto bueno previo

⁷⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “The Unconstitutional *Ex Officio* Judicial Review Rulings Issued by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Venezuela Annulling all the 2019 National Assembly Decisions Sanctioned within the framework of the 2019 Transition Regime Towards Democracy and for the Restoration of the enforcement of the Constitution,” en el libro del *Respuesta del Derecho Procesal Constitucional a los desafíos de hoy: VII Congreso de Derecho Procesal Constitucional 2021*, Universidad Monteávila, Caracas febrero de 2021.

⁸⁰ Véase sobre el proceso de degradación de la justicia constitucional durante los últimos 20 años: Allan R. Brewer-Carías, *La ruina de la democracia. Algunas consecuencias. Venezuela 2015*, (Prólogo de Asdrúbal Aguiar), Colección Estudios Políticos, No. 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015; *Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, segunda edición, Caracas 2015; *La patología de la justicia constitucional*, Tercera edición ampliada, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014; *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional (De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución)*, Colección Estudios Políticos No. 8, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2014, 354 pp.; segunda edición, (Con prólogo de Francisco Fernández Segado), 2015; *Práctica y distorsión de la justicia constitucional en Venezuela (2008-2012)*, Colección Justicia No. 3, Acceso a la Justicia, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Metropolitana, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012; *Crónica sobre la “in” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, No. 2, Caracas 2007.

⁸¹ Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “La aniquilación definitiva de la potestad de legislar de la Asamblea Nacional: el caso de la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,” 16 de mayo de 2016, disponible en <http://www.allanbrewer-carias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb-849fea3/Content/Brewer.%20Aniquilaci%C3%B3n%20Asamblea%20Nacional.%20Inconstituc.%20Ley%20TSJ%2015-5-2016.pdf>.

⁸² Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El fin del Poder Legislativo: La regulación por el Juez Constitucional del régimen interior y de debates de la Asamblea Nacional, y la sujeción de la función legislativa de la Asamblea a la aprobación previa por parte del Poder Ejecutivo,” en *Revista de Derecho Público*, N° 145-146, (enero-junio 2015), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 428-443.

del Vicepresidente ejecutivo para poder interpelar a un Ministro, con preguntas que solo pueden ser formuladas por escrito;⁸³ a eliminar además, tanto la posibilidad de que la Asamblea para improbar los estados de excepción que se decreten, como la posibilidad de aprobar votos de censura a los Ministros;⁸⁴ a resolver que el Presidente de la República presentase su Memoria anual, no ante la Asamblea Nacional como constitucionalmente corresponde, sino ante a propia Sala Constitucional; y a eliminar la función legislativa en materia de presupuesto, convirtiendo la Ley de Presupuesto en un mero e inconstitucional decreto ejecutivo para ser presentado por el Presidente de la República ante la Sala Constitucional y no ante la Asamblea Nacional como corresponde constitucionalmente.

La Sala Constitucional eliminó además la potestad de la Asamblea Nacional incluso para que como órgano deliberante pudiera emitir opiniones políticas como resultado de sus debates, habiendo anulado todos los Acuerdos de importancia política que la misma adoptó; eliminó la potestad de la Asamblea Nacional de revisar sus propios actos y de poder revocarlos, como fue el caso respecto de la viciada elección de los magistrados al Tribunal Supremo efectuada en diciembre de 2015; y finalmente, eliminó la potestad de legislar de la Asamblea Nacional en el marco de un inconstitucional y permanente estado de emergencia que se ha prorrogado cada tres meses, sin control parlamentario alguno y con el solo visto bueno del Juez Constitucional.⁸⁵

Es decir, el Poder Legislativo representado por la Asamblea Nacional fue totalmente neutralizado y vaciado de poderes y funciones, al punto de que mediante una sentencia de 2017, con base en un supuesto desacato a una decisión

⁸³ Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios al decreto N° 2.309 de 2 de mayo de 2016: La inconstitucional “restricción” impuesta por el Presidente de la República, respecto de su potestad de la Asamblea Nacional de aprobar votos de censura contra los Ministros,” en *Revista de Derecho Público*, N° 145-146, (enero-junio 2016), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 120-129.

⁸⁴ Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El ataque de la Sala Constitucional contra la Asamblea Nacional y su necesaria e ineludible reacción. De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo pretendió privar a la Asamblea Nacional de sus poderes constitucionales para controlar sus propios actos, y reducir inconstitucionalmente sus potestades de control político sobre el gobierno y la administración pública; y la reacción de la Asamblea Nacional contra a la sentencia N° 9 de 1-3-2016, disponible en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20El%20ataque%20Sala%20Constitucional%20v.%20Asamblea%20Nacional.%20Sent-No.%209%201-3-2016.pdf>; y “Nuevo golpe contra la representación popular: la usurpación definitiva de la función de legislar por el Ejecutivo Nacional y la suspensión de los remanentes poderes de control de la Asamblea con motivo de la declaratoria del estado de excepción y emergencia económica,” en *Revista de Derecho Público*, N° 145-146, (enero-junio 2016), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 444-468.

⁸⁵ Véase el estudio de todas esas sentencias en Allan R. Brewer-Carías, *Dictadura judicial y pervisión del Estado de Derecho*, Segunda Edición, (Presentaciones de Asdrúbal Aguiar, José Ignacio Hernández y Jesús María Alvarado), N° 13, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2016; edición española: Editorial IUSTEL, Madrid 2017.

de la Sala Electoral de diciembre de 2015 de suspender cautelarmente la proclamación de cuatro diputados del Estado Amazonas ya proclamados, la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo llegó al colmo de disponer la cesación definitiva, de hecho, de la Asamblea Nacional en el cumplimiento de sus funciones constitucionales como órgano que integra a los representantes del pueblo. Para ello, en efecto, mediante sentencia N° 2 de 11 de enero de 2017,⁸⁶ la Sala anuló el acto de instalación de la Asamblea para su segundo período anual, y resolvió declarar todas las:

“actuaciones de la Asamblea Nacional y de cualquier órgano o individuo en contra de lo decidido como nula y carente de toda validez y eficacia jurídica.”

Esa decisión fue ratificada mediante otras sentencias No 3 de 11 de enero de 2017,⁸⁷ y No 7 de 26 de enero de 2017, en este último caso, cercenándole definitivamente al pueblo su derecho más elemental, en un Estado de derecho, que es el ejercicio de la soberanía a través de sus representantes, declarando nulas de nulidad absoluta e inconstitucionales todas las actuaciones pasadas y futuras de la Asamblea Nacional, amenazando incluso con enjuiciar a los diputados de la Asamblea por desacato, revocarle su mandato popular y encarcelarlos.⁸⁸

Todo este desaguisado constitucional que no ha sido más que un golpe de Estado continuado, puede decirse que culminó el mes de marzo de 2017 con la adopción por parte de la Sala Constitucional de dos sentencias vergonzantes desde el punto de vista constitucional, la No 155 de 27 de marzo de 2017,⁸⁹ y la No.156 de fecha 29 de marzo de 2017,⁹⁰ que fueron bien publicitadas, mediante las cuales el Juez Constitucional *usurpó la totalidad de los poderes del Estado*,

⁸⁶ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194891-02-11117-2017-17-0001.HTML>

⁸⁷ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194892-03-11117-2017-17-0002.HTML>

⁸⁸ Véase en historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/195578-07-26117-2017-17-0010.HTML.

⁸⁹ Véase sentencia No. 155 de 27 de marzo de 2017, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197285-155-28317-2017-17-0323.HTML>. Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carías: “La consolidación de la dictadura judicial: la Sala Constitucional, en un juicio sin proceso, usurpó todos los poderes del Estado, decretó inconstitucionalmente un estado de excepción y eliminó la inmunidad parlamentaria (sentencia no. 156 de la Sala Constitucional), 29 de Marzo de 2017, en <http://diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2017/03/31/opinion-acerca-de-la-usurpacion-de-funciones-por-el-tribunal-supremo-de-venezuela-y-la-consolidacion-de-una-dictadura-judicial/>

⁹⁰ Véase la sentencia No. 156 de 29 de marzo de 2017 en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197364-156-29317-2017-17-0325.HTML>. Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan. Brewer-Carías: “El reparto de despojos: la usurpación definitiva de las funciones de la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al asumir el poder absoluto del Estado (sentencia no. 156 de la Sala Constitucional), 30 de marzo de 2017, en <http://diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2017/03/31/opinion-acerca-de-la-usurpacion-de-funciones-por-el-tribunal-supremo-de-venezuela-y-la-consolidacion-de-una-dictadura-judicial/>

ordenó al Presidente ejercer ciertas funciones en materia de relaciones internacionales, decretó inconstitucionalmente un estado de excepción, eliminó la inmunidad parlamentaria, asumió de pleno derecho todas las competencias parlamentarias de la Asamblea Nacional y delegó poderes legislativos que no tiene, sin límites, en el Presidente, ordenándole reformar leyes y Códigos a su arbitrio, y entre ellos el Código Penal y el Código Orgánico Procesal Penal.

Estas famosas sentencias que fueron celebradas por el Sr. Maduro, Presidente de la República como “sentencias históricas,”⁹¹ fueron sin embargo, condenadas en forma generalizada tanto en el país como en el ámbito internacional. En el ámbito internacional, entre tantas manifestaciones importantísimas de solidaridad democrática, basta mencionar aquí la del Secretario General de la OEA, Dr. Luis Almagro, quien sobre las sentencias dijo que “despojar de las inmunidades parlamentarias a los diputados de la Asamblea Nacional y al asumir el Poder Legislativo en forma completamente inconstitucional son los últimos golpes con los que el régimen subvierte el orden constitucional del país y termina con la democracia.”⁹²

Lo más grave en torno a estas sentencias fue que con ocasión de una extraña manifestación de disidencia de la Fiscal General en el interior del régimen, el Presidente de la República “interpretó” que lo que se había originado había sido un supuesto “impase” (insólitamente entre la Fiscal General y la Sala Constitucional) que había que “dirimir,” convocando para ello a una reunión del Consejo para la Defensa de la Nación. Dicho un órgano consultivo, controlado por el Poder Ejecutivo, el mismo día decidió “exhortar” al Tribunal Supremo de Justicia para que cometiera abiertamente la ilegalidad de “revisar las decisiones 155 y 156,”⁹³ lo que un juez no puede nunca, en ninguna parte del mundo.

⁹¹ Véase la reseña: “Nicolás Maduro: El TSJ ha dictado una sentencia histórica. Durante el Consejo de Ministros, el jefe de Estado señaló que además pedirá sugerencias a la Procuraduría General de la República para cumplir con las órdenes dictadas por el máximo órgano judicial,” en *El nacional*, 28 de marzo de 2017, en http://www.el-nacional.com/noticias/gobierno/nicolas-maduro-tsj-dictado-una-sentencia-historica_87784

⁹² Véase: “Almagro denuncia auto-golpe de Estado del gobierno contra Asamblea Nacional,” *El nacional*, 30 de marzo de 2017, en http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/almagro-denuncia-auto-golpe-estado-del-gobierno-contra-asamblea-nacional_88094. Véase la insólita declaración sobre el tema de la antigua Fiscal general de la república, responsable Hasta entonces de todas las persecuciones políticas en el país: “Fiscal General de Venezuela, Luisa Ortega Díaz, dice que sentencias del Tribunal Supremo sobre la Asamblea Nacional violan el orden constitucional,” en RedacciónBBC Mundo, *BBC Mundo*, 31 de marzo de 2017, en <http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-39459905> Véase el video del acto en <https://www.youtube.com/watch?v=GohPIrveXFE>

⁹³ Véase su texto en “Consejo de Defensa Nacional exhorta al TSJ a revisar sentencias 155 y 156 // #MonitorProDaVinci,” 1 de abril de 2017, en <http://prodavinci.com/2017/04/01/actualidad/consejo-de-defensa-nacional-exhorta-al-tsj-a-revisar-sentencias-155-y-156-monitorprodavinci/>

Pero el Juez Constitucional en Venezuela, que no respeta el derecho, ni tiene quien lo controle, así lo hizo, y al día siguiente, 1 de abril de 2017, atendiendo sumiso el exhorto del Poder Ejecutivo, procedió a reformar y revocar parcialmente las sentencias Nos 155 y 156 mediante sentencias Nos. 157⁹⁴ y 158,⁹⁵ todo en violación de los principios más elementales del debido proceso.

Todo este proceso lo que consolidó fue una dictadura judicial, resultando desde entonces que de los cinco poderes públicos que conforman la separación de poderes en Venezuela (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral), al neutralizar el Juez Constitucional a la Asamblea Nacional como consecuencia del golpe de Estado continuado que ha dado el Poder Ejecutivo en colusión con el Poder Judicial, el resto de los Poderes Públicos, también han quedado todos dependientes de Ejecutivo habiendo abandonado sus poderes de control.

Ello implica que, en Venezuela, durante 20 años, no ha habido Contraloría General de la República que ejerza control fiscal alguno, razón por la cual el país tiene en el primer lugar del índice de corrupción en el mundo.⁹⁶

El Defensor del Pueblo, desde nunca ha protegido los derechos humanos,⁹⁷ habiéndose convertido en realidad en un órgano oficial dispuesto para avalar la

⁹⁴ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/197399-157-1417-2017-17-0323.HTML>. Véase sobre esta sentencia los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “La nueva farsa del Juez Constitucional controlado: la inconstitucional y falsa “corrección” de la usurpación de funciones legislativas por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (sentencias Nos. 157 y 158 de 1 de abril de 2017), New York 4 de abril, 2017, en <http://allanbrewer-carrias.net/site/wp-content/uploads/2017/04/151.-doc.-Brewer-Nueva-farsa-del-Juez-Constitucional.-Falsa-correcci%C3%B3n.-Sentencias-Sala-Constit.-157-y-158.-4-4-2017.pdf>:

⁹⁵ Véase en <http://Historico.Tsj.Gob.Ve/Decisiones/Scon/Abril/197400-158-1417-2017-17-325.html> Véase sobre esta sentencia los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “La nueva farsa del Juez Constitucional controlado: la inconstitucional y falsa “corrección” de la usurpación de funciones legislativas por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (sentencias Nos. 157 y 158 de 1 de abril de 2017), New York 4 de abril, 2017, en <http://allanbrewer-carrias.net/site/wp-content/uploads/2017/04/151.-doc.-Brewer-Nueva-farsa-del-Juez-Constitucional.-Falsa-correcci%C3%B3n.-Sentencias-Sala-Constit.-157-y-158.-4-4-2017.pdf>:

⁹⁶ Véase el Informe de la ONG alemana, Transparencia Internacional de 2013, en el reporte: “Aseguran que Venezuela es el país más corrupto de Latinoamérica,” en El Universal, Caracas 3 de diciembre de 2013, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/131203/aseguran-que-venezuela-es-el-pais-mas-corrupto-de-latinoamerica>. Igualmente véase el reporte en BBC Mundo, “Transparencia Internacional: Venezuela y Haití, los que se ven más corruptos de A. Latina,” 3 de diciembre de 2013, en http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas_noticias/2013/12/131203_ultnot_transparencia_corrupcion_lp.shtml. Véase al respecto, Román José Duque Corredor, “Corrupción y democracia en América Latina. Casos emblemáticos de corrupción en Venezuela,” en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo*, Universidad Monteávila, 2014.

⁹⁷ Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los Poderes Públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Año 5, N° 5-2005, San José, Costa Rica 2005, pp. 76-95.

violación de los mismos por parte de las autoridades del Estado,⁹⁸ lo que quedó evidenciado cuando se produjo la brutal represión al derecho a manifestar de la cual el mundo entero fue testigo hace unos años,⁹⁹ terminando en la comisión de todo tipo de violación de los derechos humanos como ha quedado evidenciado en los Informes de la Alta Comisionada de los Derechos Humanos de 2019 y 2020.

Y el Ministerio Público que ejerce la Fiscalía General de la República, en lugar de haber sido la parte de buena fe en los procesos penales para garantizar la Constitución, ha sido el principal instrumento para asegurar la impunidad en el país, y la persecución política.¹⁰⁰

Además, está el Poder Electoral, a cargo del Consejo Nacional Electoral, que ha terminado siendo una especie de “agencia electoral” del propio gobierno, integrado por militantes del partido oficial o, como lo denunció el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, por “activistas político partidistas [que] ocuparon cargos dentro del gobierno nacional,”¹⁰¹ en violación abierta de la Constitución, habiendo dejado de ser el árbitro independiente en las elecciones. Este Poder, en todo caso, desde 2004 quedó totalmente secuestrado por el Poder Ejecutivo, al ser sus jefes nombrados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia conforme a las instrucciones del primero, usur-

⁹⁸ Por ejemplo, ante la crisis de la salud denunciada por la Academia Nacional de Medicina en agosto de 2014, reclamando la declaratoria de emergencia del sector, la respuesta de la Defensora del Pueblo fue simplemente que en Venezuela no había tal crisis. Véase el reportaje: “Defensora del Pueblo Gabriela Ramírez afirma que en Venezuela no existe ninguna crisis en el sector salud,” en *Noticias Venezuela*, 20 agosto de 2014, en <http://noticiasvenezuela.info/2014/08/defensora-del-pueblo-gabriela-ramirez-afirma-que-en-venezuela-no-existe-ninguna-crisis-en-el-sector-salud/>; y el reportaje: “Gabriela Ramírez, Defensora del Pueblo: Es desproporcionada petición de emergencia humanitaria en el sector salud,” en *El Universal*, Caracas 20 de agosto de 2014, en <http://m.eluniversal.com/nacional-y-politica/140820/es-desproporcionada-peticion-de-emergencia-humanitaria-en-el-sector-sa>. Por ello, con razón, el Editorial del diario *El Nacional* del 22 de agosto de 2014, se tituló: “A quien defiende la defensora?” Véase en http://www.el-nacional.com/opinion/editorial/defiende-defensora_19_46874-3123.html.

⁹⁹ Ello incluso le fue reclamado al Defensor por su propio hijo, estudiante de derecho, quien sufrió en carne propia la represión y vio fallecer a un compañero a manos de los represores, reclamándole a su padre, y exigiéndole que cumpliera con su deber. Véase la reseña “Ese, pude haber sido yo”, dice el hijo del Defensor del Pueblo al condenar la “brutal represión,” en *CNN en español*, 27 de abril de 2017, en <http://cnnespanol.cnn.com/2017/04/27/hijo-del-defensor-del-pueblo-tarek-william-saab-condena-la-represion-en-venezuela/>.

¹⁰⁰ Como se destacó en el Informe de la Comisión Internacional de Juristas sobre *Fortalecimiento del Estado de Derecho en Venezuela*, publicado en Ginebra en marzo de 2014, el “Ministerio Público sin garantías de independencia e imparcialidad de los demás poderes públicos y de los actores políticos,” quedando los fiscales “vulnerables a presiones externas y sujetos órdenes superiores.” Véase en <http://icj.wputengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A4-elec.pdf>

¹⁰¹ Véase la comunicación del Secretario General de la OEA de 30 de mayo de 2016 con el Informe sobre la situación en Venezuela en relación con el cumplimiento de la Carta Democrática Interamericana, p. 88. Disponible en oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf.

pando las funciones que corresponden a la Asamblea Nacional,¹⁰² como ocurrió por última vez en 2020.¹⁰³

Los efectos del control político por parte del Poder Ejecutivo del Poder Electoral han sido igualmente devastadores, particularmente en relación con el principio democrático representativo al provocar el falseamiento total de la voluntad popular resultado de elecciones manipuladas y controladas por el Ejecutivo a través del Consejo nacional Electoral, que en ningún caso han sido ni libres, ni justas, ni competitivas y menos aún auditables.¹⁰⁴

Ante toda esta realidad de demolición del principio de la separación de poderes y de concentración total del poder, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo mediante sentencia N° 3098 del 13 de diciembre de 2004 (Caso: *Nulidad de artículos de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz*), ya había considerado que dicho principio de la separación de poderes “no era un principio ideológico, propio de la democracia liberal, sino un principio técnico del cual depende la vigencia de la seguridad jurídica como valor fundante del derecho.”¹⁰⁵ Luego, en 2004, la Sala pasó a dar un viraje abiertamente anti democrático al referirse despectivamente en sentencia No. 1049 de 23 de julio de 2009,¹⁰⁶ a la “*la llamada* división, distinción o separación de poderes,” considerándola “al igual que la teoría de los derechos fundamentales de libertad, un instrumento de la doctrina liberal del Estado mínimo,” con lo cual comenzó a cuestionar la validez misma de los principios del constitucionalismo democrático. Para ello señaló que dicho principio de la separación de poderes no fue concebido como;

“un mero instrumento de organización de los órganos del Poder Público, sino un modo mediante el cual se pretendía asegurar que el Estado

¹⁰² Véase Allan R. Brewer-Carías, “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000–2004,” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 112. México, enero–abril 2005 pp. 11–73; *La Sala Constitucional versus el Estado Democrático de Derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas, 2004, 172 pp.

¹⁰³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004”, en Juan Pérez Royo, Joaquín Pablo Urías Martínez, Manuel Carrasco Durán, Editores), *Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo I, Thomson-Aranzadi, Madrid 2006, pp. 1081-1126.

¹⁰⁴ Por ejemplo, en Allan R. Brewer-Carías y José Ignacio Hernández, *Venezuela. La ilegítima e inconstitucional convocatoria de las elecciones parlamentarias en 2020*, (Iniciativa Democrática de España y las Américas Editorial jurídica Venezolana Internacional, 2020, 274 pp.

¹⁰⁵ Sentencia N° 3098 de la Sala Constitucional (Caso: *nulidad artículos Ley Orgánica de la Justicia de Paz*) de 13-12-2004, en *Gaceta Oficial* N° 38.120 de 02-02-2005

¹⁰⁶ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1049-23709-2009-04-2233.html>.

se mantuviera limitado a la protección de los intereses individualistas de la clase dirigente.”¹⁰⁷

“Descubrió,” así, la Sala Constitucional, aun cuando distorsionándolo, el verdadero sentido de la separación de poderes, que no es un instrumento de organización del Estado, sino el principio esencial de la democracia, la propia del Estado de derecho, para garantizar los derechos y libertades fundamentales, aun cuando por supuesto no sólo de “intereses individualistas de la clase dirigente” como con sesgo ideológico distorsionante la confina el Tribunal Supremo.

CUARTA PARTE

EL VACIAMIENTO DEL ESTADO DE JUSTICIA Y DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y JURIDICIDAD: LA DESJURIDIFICACIÓN, DESLEGALIZACIÓN Y DESJUSTICIABILIDAD GENERALIZADA

El sometimiento del Poder Judicial a control político del Ejecutivo Nacional, producto de la concentración del poder, provocó otra catastrófica consecuencia en el falseamiento del Estado de derecho, que ha sido la desjuridificación y deslegalización y la desjusticiabilidad del Estado, al quedar eliminado de hecho el derecho ciudadano a controlar judicialmente las actuaciones de los funcionarios públicos.

En ese contexto, al haber la Constitución cesado de ser ley suprema, como consecuencia de su violación sin control, la obligación fundamental de los órganos del Estado de sujetarse a la misma, a la ley y a las demás fuentes de ordenamiento jurídico, ha sido abandonada, convirtiéndose la actuación del Estado en el reino de la arbitrariedad e impunidad, precisamente por la ausencia de órganos judiciales autónomos e independientes que la puedan controlar.

Por tanto, una vez controlado el Tribunal Supremo de Justicia por el Poder Ejecutivo, las promesas constitucionales sobre la sujeción a la ley y al derecho por los órganos del Estado y sobre la independencia y autonomía del Poder Judicial, que es la garantía de los ciudadanos para exigir el cumplimiento del principio de la legalidad por los órganos del Estado, y de poder exigir ante los tribunales la supremacía de la Constitución y la protección de sus derechos, fueron absolutamente violadas.

Para lograr este incumplimiento y la deslegalización y desjudicialización del Estado, como se ha dicho, durante 20 años se irrespetaron las condiciones para

¹⁰⁷ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1049-23709-2009-04-2233.html> Véase, Allan R. Brewer-Carías, “Sobre la mutación del principio de la separación de poderes en la jurisprudencia constitucional,” en *Revista de Derecho Público*, N° 132 (octubre- diciembre 2012), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 201-213.

la elección de los Magistrados del Tribunal Supremo, así como la mayoría calificada de votos en la Asamblea requerida para ello y el derecho a la participación ciudadana requerida en la nominación de candidatos. Igualmente, se irrespetó la condición más esencial de los Magistrados de ser imparciales e independientes, designándose en forma progresiva desde desde 2000, a personas totalmente comprometidas con el partido oficial, que incluso habían expresado públicamente que su misión, antes que impartir justicia, era contribuir a la ejecución de la política socialista del gobierno.¹⁰⁸

Además, como se dijo, en Venezuela, los jueces los designa el propio Tribunal Supremo de Justicia, sin que se cumpla la Constitución en cuanto a la exigencia de concurso público con participación ciudadana. El nombramiento ha sido libre, con el resultado de que la gran mayoría de los jueces son provisionales y temporales, y por tanto, totalmente dependientes y controlados políticamente.

Por ello, los jueces en Venezuela, en general, no son capaces ni pueden realmente impartir justicia justa, particularmente, si con ello afectan en alguna forma alguna política gubernamental o a algún funcionario público, sabiendo, como lo saben, que una decisión de ese tipo significa destitución inmediata, como tantas veces ha ocurrido en los últimos años. En algunos casos, incluso con encarcelamiento de los jueces que osaron dictar una sentencia que no complació al gobierno.

En consecuencia, en el país, jamás se celebraron los concursos públicos de oposición para la elección de los jueces como lo prevé la Constitución para que ingresen a la carrera judicial, que materialmente no existe.¹⁰⁹ Además, como desde 1999 la Asamblea Nacional Constituyente intervino el Poder Judicial,¹¹⁰ lo cual fue ratificado con el régimen transitorio establecido después de la aprobación popular de la Constitución, los jueces fueron destituidos a mansalva y masivamente, sin garantías al debido proceso, con la consecuencia de que la Judica-

¹⁰⁸ Véase el Discurso de Orden de la Magistrada Deyanira Nieves Bastidas, Apertura del Año Judicial 2014, en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/DiscursodeOrdenAper-tura-2014DeyaniraNieves.pdf>.

¹⁰⁹ Como lo destacó la misma Comisión Internacional de Juristas, en un *Informe* de marzo de 2014, que resume todo lo que en el país se ha venido denunciando en la materia, al dar “cuenta de la falta de independencia de la justicia en Venezuela,” se destaca que “el Poder Judicial ha sido integrado desde el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) con criterios predominantemente políticos en su designación. La mayoría de los jueces son “provisionales” y vulnerables a presiones políticas externas, ya que son de libre nombramiento y de remoción discrecional por una Comisión Judicial del propio Tribunal Supremo, la cual, a su vez, tiene una marcada tendencia partidista.” Véase en <http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A4-elec.pdf>

¹¹⁰ Véase nuestro voto salvado a la intervención del Poder Judicial por la Asamblea Nacional Constituyente en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, (8 agosto-8 septiembre), Caracas 1999; y las críticas formuladas a ese proceso en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002

tura se llenó de jueces temporales y provisionales,¹¹¹ sin garantía de estabilidad; quedando la destitución de los mismos al arbitrio de una Comisión *ad hoc* del Tribunal Supremo de Justicia, todo ello con el aval del mismo.

En cuanto a la Jurisdicción Disciplinaria Judicial prevista en la Constitución, la misma no fue sino otra mentira, al punto de que la que se creó en 2011 se conformó inicialmente como dependiente de la Asamblea Nacional, es decir, sujeta al control político;¹¹² mientras que los jueces temporales y provisorios, que son casi todos, quedaron sometidos al arbitrio de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo, pues la Sala Constitucional aseguró, de oficio, mediante sentencia No. 516 de 7 de mayo de 2013,¹¹³ dictada con su participación, que esa Comisión continuaría con el “derecho” de destituirlos sin garantía alguna del debido proceso.

La verdad es que es ciertamente imposible conseguir en Constitución alguna en el mundo contemporáneo un conjunto de promesas constitucionales como las insertas en la Constitución venezolana de 1999 para asegurar la independencia judicial, y el derecho a la legalidad y a la justiciabilidad por parte de los ciudadanos. Lamentablemente, sin embargo, fueron todas declaraciones formuladas para no ser cumplidas, dando como resultado la trágica dependencia del Poder Judicial que quedó sometido en su conjunto a los designios y control político por parte del Poder Ejecutivo,¹¹⁴ funcionando al servicio del gobierno del Estado y de su política autoritaria.

¹¹¹ En el *Informe Especial* de la Comisión sobre Venezuela correspondiente al año 2003, la misma también expresó, que “un aspecto vinculado a la autonomía e independencia del Poder Judicial es el relativo al carácter provisorio de los jueces en el sistema judicial de Venezuela. Actualmente, la información proporcionada por las distintas fuentes indica que más del 80% de los jueces venezolanos son “provisionales”. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela 2003*, párr. 161. Véase en Allan R. Brewer-Carías y Asdrúbal Aguiar (Editores), *Venezuela. Informes sobre violaciones grave de derechos humanos*, Iniciativa Democrática España América, Editorial Jurídica Venezolana, Miami 2019, 160 pp.

¹¹² Solo fue, luego de que el gobierno perdió la mayoría en la Asamblea Nacional, que la saliente Asamblea en unas ilegítimas sesiones extraordinarias celebradas en diciembre de 2015, reformó la Ley del Código de Ética del Juez, pero para quitarle a la nueva Asamblea la competencia para nombrar dichos jueces (que por supuesto nunca debió tener), y pasarlos al Tribunal Supremo. Véase en *Gaceta Oficial* N° 6204 Extra de 30 de diciembre de 2015.

¹¹³ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/516-7513-2013-09-1038.html>.

¹¹⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999-2004)”, en *XXX Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174; y “La justicia sometida al poder [La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)]” en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007*, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 25-57; “La demolición de las instituciones judiciales y la destrucción de la democracia: La experiencia venezolana,” en *Instituciones Judiciales y Democracia. Reflexiones con ocasión del Bicentenario de la Independencia y del Centenario del Acto Legislativo 3 de 1910*, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Bogotá 2012, pp. 230-254.

Como lo observó la Comisión Internacional de Juristas de Ginebra en 2014:

“Un sistema de justicia que carece de independencia, como lo es el venezolano, es comprobadamente ineficiente para cumplir con sus funciones propias. En este sentido en Venezuela, [...] el poder judicial, precisamente por estar sujeto a presiones externas, no cumple su función de proteger a las personas frente a los abusos del poder sino que por el contrario, en no pocos casos es utilizado como mecanismo de persecución contra opositores y disidentes o simples críticos del proceso político, incluidos dirigentes de partidos, defensores de derechos humanos, dirigentes campesinos y sindicales, y estudiantes.”¹¹⁵

Por ello, como también lo observó el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, Luis Almagro el 30 de mayo de 2016, “en la situación actual que vive Venezuela, no se puede más que concluir que estamos ante alteraciones graves al orden democrático tal como se ha definido en numerosos instrumentos regionales y subregionales.”¹¹⁶

Con todo esto, la promesa constitucional de la separación de poderes y sobre todo de la autonomía e independencia del Poder Judicial, quedó incumplida, siendo por tanto las previsiones constitucionales una gran mentira, habiendo el Poder Judicial abandonado su función fundamental de servir de instrumento de control y de balance respecto de las actividades de los otros órganos del Estado para asegurar su sometimiento a la Constitución y a la ley; y a la vez, habiendo materialmente desaparecido el derecho ciudadano a la tutela judicial efectiva y a controlar el poder.

Todo ello ha conducido, en definitiva, a una desjusticiabilidad del Estado, siendo inconcebible que el Poder Judicial en Venezuela hoy pueda llegar a decidir y enjuiciar la conducta de la Administración y frente a ella, garantizar los derechos ciudadanos. A pesar de la excelente legislación existente sobre el control de constitucionalidad de los actos estatales; el control contencioso administrativo de los actos de la Administración Pública; y el control por la vía del amparo constitucional de las violaciones a los derechos humanos; todo ello, lamentablemente, no es sino letra muerta ante el Estado totalitario, que ha secuestrado la otrora autonomía e independencia del poder judicial.

Ello ha traído como consecuencia que en Venezuela, contrariamente al llamado Estado de Justicia, el propio Estado, sus organizaciones y sus funcionarios se han escapado de la justicia, es decir, de hecho no están ni pueden ser sometidos a la Justicia. De ello ha resultado que en Venezuela tenemos un Estado totalmente

¹¹⁵ Véase en <http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Infor-me-A4-elec.pdf>.

¹¹⁶ Véase la comunicación del Secretario General de la OEA de 30 de mayo de 2016 con el Informe sobre la situación en Venezuela en relación con el cumplimiento de la Carta Democrática Interamericana, p. 125. Disponible en oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf.

incontrolado e irresponsable, al cual no se lo puede someter a juicio, pues los tribunales garantizan que no responda ante los mismos de sus acciones inconstitucionales o ilegales, o que causan daños a las personas.

Basta analizar las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia en los últimos cuatro lustros, para constatar que en materia de control de constitucionalidad de las leyes y otros actos estatales, a pesar de que contamos con la acción popular y un completísimo sistema mixto de control de constitucionalidad de las leyes, las acciones intentadas por los particulares contra las leyes jamás son decididas, y por tanto, difícilmente se encuentra alguna sentencia anulatoria, salvo que haya sido intentada por los abogados del propio Estado, en interés del mismo. La justicia constitucional, así, se ha convertido por el propio Estado, en un instrumento utilizado por sus funcionarios “a la carta,” para moldar la justicia de acuerdo con lo que sus órganos necesiten para la ejecución de las propias políticas estatales, así sean contrarias a la Constitución, y particularmente cuando se ha necesitado de una “interpretación” de la misma o de leyes, para torcerlas, no en forma acorde con la Constitución, sino con la decisión política del Ejecutivo de que se trate.

En esta forma, la Constitución, como antes se ha dicho, por vía interpretación constitucional vinculante ha sido objeto de mutaciones decididas por la Sala Constitucional, por ejemplo, para centralizar competencias que eran exclusivas de los Estados de la Federación;¹¹⁷ para eliminar el principio de la alternabilidad republicana dando paso a la reelección indefinida;¹¹⁸ para asegurar el financiamiento de las actividades electorales del partido oficial;¹¹⁹ para impedir la revocación popular del mandato del Presidente de la República;¹²⁰ para ampliar las competencias de la Jurisdicción Constitucional, como por ejemplo ocurrió en materia de interpretación abstracta de la Constitución¹²¹ e incluso para asegurar

¹¹⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La Ilegítima mutación de la Constitución y la Legitimidad de la Jurisdicción Constitucional: La “Reforma” de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional,” en *Anuario No. 4, Diciembre 2010*, Instituto de Investigación Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad Dr. José Matías Delgado de El Salvador, El Salvador 2010, pp. 111-143.

¹¹⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El Juez Constitucional vs. La alternabilidad republicana (La reelección continua e indefinida), en *Revista de Derecho Público*, No. 117, (enero-marzo 2009), Caracas 2009, pp. 205-211.

¹¹⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional como constituyente: el caso del financiamiento de las campañas electorales de los partidos políticos en Venezuela,” en *Revista de Derecho Público*, No. 117, (enero-marzo 2009), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 195-203.

¹²⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004”, en Juan Pérez Royo, Joaquín Pablo Urías Martínez, Manuel Carrasco Durán, Editores), *Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo I, Thomson-Aranzadi, Madrid 2006, pp. 1081-1126.

¹²¹ Véase Luis A. Herrera Orellana, “El recurso de interpretación de la Constitución: reflexiones críticas desde la argumentación jurídica y la teoría del discurso,” en *Revista de Derecho Público*, N° 113, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 7-29.

el absurdo e improcedente “control de la constitucionalidad” de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que condujo a declararlas “inejecutables” en Venezuela.¹²² La interpretación constitucional a la carta, además, ha servido para que por la vía de interpretación inconstitucional, la Sala Constitucional haya procedido a reformar leyes, como por ejemplo sucedió, en materia del procedimiento de amparo¹²³ o para establecer normas tributarias nuevas en materia de impuesto sobre la renta;¹²⁴ y todo ello, casi siempre a iniciativa de los propios abogados del Estado.

Con una Constitución maleable en esa forma, es difícil imaginar un Estado de justicia, salvo que sea de justicia sólo impartida a la medida del propio Estado.

Ello ha afectado también a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual en los últimos veinte años dejó de ser un efectivo sistema para el control judicial de la legalidad y legitimidad de la actuación de la Administración Pública. No puede olvidarse, por la repercusión que tuvo, la experiencia del funcionamiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en los últimos años, la intervención que se produjo en 2003, de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, por el Ejecutivo utilizando al Tribunal Supremo de Justicia. Este, en efecto, por decisión de la sala Constitucional, secuestró competencia de la Corte Primera y destituyó a sus Magistrados, quedando la misma clausurada por más de diez meses;¹²⁵ y todo por haber sus jueces “osado” dictar una simple medida de cautelar de amparo constitucional en contra de autoridades nacionales y municipales en relación con la contratación ilegal de médicos extranjeros por

¹²² Véase Allan R. Brewer-Carías, “La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela,” en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coodinadores), *Direitos Humanos, Democracia e Integracao Juridica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-701.

¹²³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucional reforma de la Ley Orgánica de Amparo mediante sentencias interpretativas,” en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2008, Tomo V, pp. 63-80. Publicado en *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp.545-563.

¹²⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “De cómo la Jurisdicción constitucional en Venezuela, no sólo legisla de oficio, sino subrepticamente modifica las reformas legales que “sanciona”, a espaldas de las partes en el proceso: el caso de la aclaratoria de la sentencia de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 2007,” *Revista de Derecho Público*, N° 114, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 267-276.

¹²⁵ Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004”, en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174.

parte de órganos del Estado para un programa de atención médica en los barrios de Caracas.¹²⁶

El efecto demostración de lo que le podía ocurrir a los jueces cuando dictan medidas que afecten intereses políticos del Ejecutivo o de quienes controlan el Poder que derivó de ese caso,¹²⁷ fue ciertamente devastador, provocando la trágica situación en la que se encuentra actualmente la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la cual los tribunales que la conforman simplemente se han negado a aplicar el derecho administrativo, a controlar a la Administración Pública y a proteger a los ciudadanos frente a la misma.¹²⁸

Esta situación, ha conducido a que antes de existir un Estado de Justicia, lo que en realidad existe en Venezuela es un Estado de injusticia, por el hecho de que simplemente la justicia no funciona para juzgar y castigar a quienes violan la ley. Así, la impunidad campea y es absoluta por ejemplo respecto de los depredadores del patrimonio público, es decir, de los funcionarios corruptos y de sus cómplices particulares, incluyendo a los que a la vista de todos incurrir en peculado de uso, al tener a su servicio el uso de bienes públicos, sin título alguno para ello, comenzando por el uso indebido de inmuebles oficiales. A esos, ni se los investiga y menos se los sanciona. Y los casos de investigaciones administrativa resueltos por la Contraloría General de la República por supuestos motivos de irregularidades administrativas, en general, sólo han concluido con medidas de inhabilitaciones políticas impuestas exclusivamente a funcionarios de oposición.¹²⁹

¹²⁶ Los Magistrados de la Corte Primera destituidos en violación de sus derechos y garantías, demandaron al Estado por violación de sus garantías judiciales previstas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado por dichas violaciones en sentencia de fecha 5 de agosto de 2008, (Caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*). Véase en <http://www.corteidh.or.cr/> Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nº 182. Frente a ello, sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia Nº 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (Caso *Gustavo Álvarez Arias y otros*), declaró inejecutable dicha decisión de la Corte Interamericana. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>

¹²⁷ Véase sobre este caso los comentarios de Claudia Nikken, “El caso ‘Barrio Adentro’: La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o el avocamiento como medio de amparo de derechos e intereses colectivos y difusos”, en *Revista de Derecho Público*, Nº 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 5 ss.

¹²⁸ Véase Antonio Canova González, *La realidad del contencioso administrativo venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008)*, Funeda, Caracas, 2009.

¹²⁹ Véase por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, “La incompetencia de la Administración Contralora para dictar actos administrativos de inhabilitación política restrictiva del derecho a ser electo y ocupar cargos públicos (La protección del derecho a ser electo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2012, y su violación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo al declarar la sentencia de la Corte Interamericana como “inejecutable””, en Alejandro Canónico Sarabia (Coord.), *El Control y la responsabilidad en la*

La impunidad también es el signo de la injusticia en materia de delitos comunes, en un país como Venezuela, que tiene el récord mundial de violencia, secuestros y crímenes callejeros,¹³⁰ que en 2013 alcanzó la cifra de 24.773 personas asesinadas,¹³¹ siendo considerado en 2014, como el país más inseguro del mundo,¹³² y Caracas, la capital, como la segunda ciudad más peligrosa del Planeta;¹³³ pero donde dichos crímenes no se persiguen y quedan impunes.¹³⁴

Tenemos lamentablemente un país lleno de asaltantes de caminos, como los había en la Venezuela del siglo XIX, pero no en el campo, sino ahora en las calles de nuestras ciudades, y más grave aún, en los barrios de las mismas, afectando a la población de menores recursos. Y frente a todo ello, lo que hay es una justicia totalmente ausente, siendo Venezuela el reino de la impunidad, donde al delincuente no se lo castiga, el que roba es protegido, al honrado se lo investiga, a la libertad no se la protege, a la propiedad se la depreda, y al trabajo honesto se desprecia, de lo cual resulta no sólo que no siempre tenemos leyes justas y

Administración Pública, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Margarita 2012, Centro de Adiestramiento Jurídico, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 293-371.

- ¹³⁰ Por ello, con razón en un editorial del diario *Le Monde* de París, titulado “Los venezolanos en el callejón sin salida del chavismo”, se afirmaba que “Al derrumbamiento de la economía se agrega una inseguridad galopante: 25 mil homicidios por año, sin contar los robos, agresiones de todo tipo y secuestros. Caracas es la capital más peligrosa del planeta. Se necesita toda la atracción del “exotismo latino” para que ciertos intelectuales franceses le encuentren algún encanto al “chavismo”. Sobre todo porque este, ya sea bajo Maduro o bajo Chávez, cercena las libertades públicas, silencia a una parte de la prensa y maltrata a toda la oposición. En la realidad, el chavismo se ha convertido en una pesadilla.” Véase Editorial de *Le Monde*, 30-marzo 2014, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/140330/le-monde-dedico-un-editorial-a-venezuela>.
- ¹³¹ Véase César Miguel Rondón, “Cada vez menos país,” en *Confirmado*, 16-8-2014, en <http://confirmado.com.ve/opinan/cada-vez-menos-pais/>
- ¹³² Véase el reportaje de la Encuesta Gallup, “Venezuela fue considerado como el país más inseguro del mundo,” en *Notitarde.com*, Caracas 21 de agosto de 2014, en <http://www.noti-tarde.com/Pais/Venezuela-fue-seleccionado-como-el-pais-mas-inseguro-del-mundo/2014/08/21/347656>.
- ¹³³ Después de San Pedro Sula, Caracas es considerada la segunda ciudad más peligrosa del mundo. Véase la información en *Sala de Información, Agencia de Comunicaciones Integradas. Información, opinión y análisis*, 16-1-2914, en <http://saladeinfo.wordpress.com/2014/01/16/ca-racas-es-la-segunda-ciudad-mas-peligrosa-del-planeta-2/>. Véase igualmente la información en *El País Internacional*, 20 de agosto de 2014, en http://internacional.elpais.com/internacional/2014/08/20/actualidad/1408490113_417749.html
- ¹³⁴ Sobre el tema de la “actividad hamponil” y la impunidad, Leandro Area ha observado que: “se ha convertido en el pan y plan nuestro y maestro de cada día, sea por el éxito malandro que se ve apenas reflejado en muerte y desolación en la prensa que queda y que está en vías de extinción o bien por el semblante que se enseña en el rostro de todo aquel que sigue vivo y que debe enfrentar la penuria de existir secuestrado por una realidad impuesta. Pero el asunto va más allá. El concubinato legitimado entre poder político, hampa común, poder judicial, policía, fuerzas armadas y demás, no es misterio ni secreto a voces. Es un plan convertido en acción permanente.” Véase Leandro Area, “El ‘Estado Misional’ en Venezuela,” en *Análítica.com*, 14 de febrero de 2014, en <http://analitica.com/opinion/opinion-nacional/el-estado-misional-en-venezuela/>

seguras, sino que no siempre tenemos jueces justos y definitivamente, carecemos de un gobierno justo.

Por todo ello, el Estado venezolano no es un Estado de justicia, pues la práctica política del gobierno autoritario que se apoderó de la República desde 1999,¹³⁵ lo que ha originado es un Estado totalitario que además de haber empobrecido aún más al país, realmente no está sometido al derecho, cuyas normas no siempre son justas y la mayor de las veces se ignoran y desprecian; o se mutan o amoldan a discreción por los gobernantes; y que además, no está sometido a control judicial alguno, por la sumisión del Poder Judicial al Poder Ejecutivo y legislativo.

Y por supuesto, la ausencia de Estado de Justicia y la consecuente desjudicialización del mismo, afianzó la deslegalización del Estado, es decir, el abandono del principio de legalidad, que se ha expresado, incluso legislativamente por la Asamblea Constituyente fraudulentamente electa en 2017, en una denominada *Ley antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos*, dictada con el objetivo básico de la obtención de “recursos adicionales” (art. 18), mediante la implementación de un “cambio” de política económica consistente en desestatizar, desnacionalizar y privatizar indiscriminadamente, y en secreto, la economía, y realizar nuevas negociaciones de financiamiento público, para supuestamente atender necesidades en el país.

Pero todo ello, subvirtiendo totalmente el ordenamiento jurídico, lo que se pretende lograr:

Primero, dándole a la referida “Ley Constitucional” un *rango supra -legal*, es decir, superior a todas las leyes orgánicas y leyes ordinarias de la República, respecto de las cuales se declara como de aplicación preferente (Disposición Transitoria primera.

Segundo, estableciendo de una *potestad sin límites* para que el Ejecutivo Nacional pueda “*inaplicar*” en casos específicos las normas de rango legal que estime necesarias para perseguir los propósitos de la Ley (art. 19), es decir, para que pueda decidir en casos específicos que una ley orgánica o cualquier otra ley *no se aplica*, lo que además de regularizar la deslegalización del Estado, implica establecer una *delegación legislativa sin límites al Ejecutivo Nacional para ejercer la potestad de legislar* a los efectos de poder suplir la ausencia de normas o vacío legislativo que originará la decisión ejecutiva de “*inaplicar*” las de normas de orden legal; y .

Tercero, estableciendo también la *potestad sin límites a los efectos de que el Ejecutivo Nacional “inaplique” para casos específicos, es decir, singularmente, los reglamentos y demás normas de rango sublegal*, cuya aplicación estime que

¹³⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Authoritarian Government vs. The Rule of Law, Lectures and Essays (1999-2014) on the Venezuelan Authoritarian Regime Established in Contempt of the Constitution*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

es contraproducente para cumplir con los fines de Ley (art. 19); todo en violación al principio general de la no modificabilidad o inderogabilidad singular de los reglamentos garantizado por el artículo 13 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Y todo lo anterior, en el marco de un *régimen de ausencia total de transparencia*, al preverse no solo inaplicar las leyes sobre licitación y contratación pública (arts. 21 y 28), sino que todos “los procedimientos, actos y registros efectuados con ocasión de la implementación de alguna de las medidas” establecidas en la Ley que “suponga la *inaplicación de normas* de rango legal o sublegal,” son declarados “*secretos y reservados*” (art. 42).

Lo anterior equivale a una subversión completa del orden jurídico del Estado, es decir, de completa *deslegalización*, totalmente incompatible con los principios más elementales del Estado de derecho, materializado en este caso en la “regulación” o establecimiento formal de la “inaplicabilidad” de las leyes, en secreto, por el Ejecutivo Nacional.¹³⁶

QUINTA PARTE

EL VACIAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DESHUMANIZACIÓN DEL ESTADO

A todo lo anterior, se agrega el insólito proceso de deshumanización del Estado.

La Constitución venezolana de 1999, en efecto, contiene una de las declaraciones más completas sobre derechos humanos del constitucionalismo contemporáneo, cuya preeminencia se declara como uno de los principios del Estado (art. 2), el cual tiene entre sus razones de existencia y deberes más esenciales el garantizarlos (Preámbulo, art. 19), tanto los declarados en la Constitución como de los incluidos en los instrumentos internacionales, agregando a todos ellos, los inherentes a la persona humana (art. 22).

En esta materia, además, la Constitución de 1999 constitucionalizó el derecho internacional de los derechos humanos al declarar que los enumerados en dichos instrumentos, “tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden

¹³⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El último golpe al Estado de derecho: una “ley constitucional” “antibloqueo” para rematar y repartir los *despojos* de la economía estatizada, en un marco secreto y de inseguridad jurídica basado en la “inaplicación” discrecional de leyes por parte del ejecutivo nacional,” 14 de octubre de 2020, disponible en <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/10/2131.-BREWER.-ULTIMO-GOLPE-AL-ESTADO-DE-DE-RECHO.-LEY-ANTIBLOQUEO.-18OCT-2020.pdf>; y “”Proyecto de ley antibloqueo: una monstruosidad jurídica para desaplicar, en secreto, la totalidad del ordenamiento jurídico,” 4 de octubre 2020, disponible en: <https://bloqueconstitucional.com/efectos-del-informe-de-la-mision-internacional-independiente-sobre-violaciones-a-los-derechos-humanos-en-venezuela-en-relacion-con-el-estado-de-derecho-y-las-elecciones/>

interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas” en el mismo (art. 23).¹³⁷

Para la protección de los derechos la Constitución reguló, además, el derecho de amparo, no solo en el ámbito interno (art. 27), sino el ámbito de la jurisdicción internacional (art. 31).

Sin embargo, a pesar de estas normas tan claras, en Venezuela lo que hemos presenciado en los últimos lustros ha sido un lamentable proceso progresivo de violación y degradación de los derechos humanos de tal naturaleza que en el Informe de Michelle Bachelet, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en el país, de 4 de julio de 2019,¹³⁸ destacó lo que denominó: “patrones de violaciones que afectan directa e indirectamente a todos los derechos humanos: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales” (§ 2).

Todo ello, con el resultado, entre otras consecuencias, de que “La mayoría de las víctimas de las violaciones de los derechos humanos señaladas [...] no han tenido un acceso efectivo a la justicia y a una reparación adecuada” (§ 43); destacando que “El Estado ha denegado sistemáticamente los derechos de las víctimas de violaciones de los derechos humanos a la verdad, la justicia y la reparación; y “La impunidad ha permitido que se repitan las violaciones de los derechos humanos, ha envalentonado a los autores, y ha dejado de lado a las víctimas” (§ 80).

Ello ha afectado todos los derechos declarados en la Constitución, de manera que el Informe en cuanto a los derechos sociales, coincide que “existen motivos razonables para creer que se han cometido graves violaciones de los derechos económicos y sociales, incluidos los derechos a la alimentación y la salud, en Venezuela” (§ 75); agregando:

Sobre la libertad de información, expresa que “en los últimos años: “el Gobierno ha tratado de *imponer una hegemonía comunicacional* imponiendo su propia versión de los hechos y creando un ambiente que *restringe los medios de comunicación independientes*” (§ 28);

¹³⁷ Véase nuestra propuesta para la inclusión de la norma del artículo 23 en la Constitución de 1999 dándole jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos: “Constitucionalización de los tratados sobre derechos humanos,” en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente), Tomo II (9 septiembre- 17 octubre 1999)*, Fundación de Derecho Público, Caracas 1999 pp.111-115. Véase igualmente *Idem*, pp. 88-91.

¹³⁸ Véase “Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela,” 4 de julio de 2019, en https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session41/Documents/A_HRC_41_18_SP.docx. Los “comentarios del Estado” (“Comentarios sobre errores de hecho del Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los derechos humanos sobre la situación de derechos humanos de la República Bolivariana de Venezuela”), pueden consultarse en https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session41/Documents/A_HRC_41_18_Add.1.docx

Sobre las libertades políticas, el Informe destaca cómo a las numerosas instituciones de seguridad ciudadana, que han sido militarizadas, han “*permitido al Gobierno cometer numerosas violaciones de los derechos humanos*” refiriéndose en particular a que: “Las autoridades han *atacado especialmente a determinadas personas y grupos, entre ellos a miembros de la oposición política* y a quienes se considera que constituyen amenazas para el Gobierno por su capacidad para articular posiciones críticas y movilizar a otras personas. Esta *represión selectiva se manifiesta en una multitud de violaciones de los derechos humanos*, que pueden constituir *persecución por motivos políticos* (§ 77);

Sobre el derecho a manifestar el Informe, constató que las fuerzas de seguridad, en los últimos años, “*hicieron un uso excesivo de la fuerza de manera deliberada, con la finalidad de infundir miedo y desalentar futuras manifestaciones*” (§ 39);

Sobre el derecho a la libertad personal, el Informe hizo especial insistencia en las privaciones arbitrarias de libertad de centenas de personas, por razones políticas, destacando que: “el Gobierno ha utilizado las *detenciones arbitrarias* como uno de *los principales instrumentos para intimidar y reprimir a la oposición política y cualquier expresión de disensión*, real o presunta, al menos desde 2014” (§ 41); y

Sobre el derecho a la vida, al referirse a las operaciones de uno de los muchos cuerpos de seguridad del Estado, el Informe lo califica “como un “escuadrón de la muerte” o un “grupo de exterminio” (§47), siendo considerada por “informes de ONGs,” como las “responsables de centenares de muertes violentas” (§ 47), constatando cómo “*manipularon la escena del crimen y las pruebas. Habrían plantado armas y drogas y habrían disparado sus armas contra las paredes o en el aire para insinuar un enfrentamiento* y demostrar que la víctima se habría “resistido a la autoridad” (§49).

Al Informe Bachelet de 2019, cuyas conclusiones han sido ratificadas en su Actualización del Informe de 11 de marzo de 2021,¹³⁹ le siguió el Informe y las Conclusiones de la misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, presentado el 15 de septiembre de 2020 ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en cumplimiento de la resolución 42/25 del Consejo, de 27 de septiembre de 2019;¹⁴⁰ en los cuales se presentaron las conclusiones de dicha Misión “respecto a las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas, las detenciones arbitrarias y la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes,

¹³⁹ Véase en: <https://provea.org/actualidad/informe-situacion-ddhh-en-venezuela-por-alta-comisionada-para-los-derechos-humanos-michelle-bachelet/>

¹⁴⁰ Informe de 15 de septiembre de 2020, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf El Informe se acompañó con unas “*Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela* (443 pp.).

cometidos en el país desde 2014,” mostrando un *cuadro de horror*, ciertamente inimaginable, no sólo pasado sino actual - que está ocurriendo -, compuesto por funcionarios del horror, policías del horror, fiscales del horror, jueces del horror y custodios del horror, que el *Informe* resume dando cuenta, que los actos y conductas descritos en el mismo:

“constituyen asesinatos arbitrarios, incluyendo ejecuciones extrajudiciales, torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes -incluyendo violencia sexual y de género-, desapariciones forzadas (a menudo de corta duración) y detenciones arbitrarias, en violación de la legislación nacional y las obligaciones internacionales de Venezuela.” (par. 151).

A esos hechos y conductas se agregan en el *Informe*, los crímenes de:

“asesinato, encarcelamiento y otras privaciones graves de la libertad física, tortura, violación y otras formas de violencia sexual, desaparición forzada de personas [...] y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o graves daños al cuerpo o a la salud mental o física,”

Dichos crímenes, la Misión consideró que constituyen “crímenes de lesa humanidad,” y algunas de ellas, específicamente el crimen de lesa humanidad de persecución, tal como se define en el Estatuto de Roma” (par. 161).

En particular, en las *Conclusiones detalladas* se analizaron muchos de dichos crímenes, entre los que se destacar los relativos a la *represión política selectiva* (Capítulo III) y los cometidos en el contexto de “violaciones en un *contexto de seguridad o control social* (Capítulo IV), que la Misión igualmente consideró que algunos de ellos “pueden constituir también el crimen de lesa humanidad de la persecución” (par. 2085), consistente:

“una privación intencional y grave de los siguientes derechos: el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona, el derecho a no ser sometido a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a no ser sometido a violación y otras formas de violencia sexual, y el derecho a no ser sometido a arresto o detención arbitrarios. En conjunto, estas violaciones pueden constituir actos de persecución, pero también pueden constituir distintos crímenes de lesa humanidad” (par. 2085).

Lo más dramático del Informe fue que las violaciones y crímenes reseñados y analizados por la Misión, según la misma lo expresó, formaron parte de *una política de Estado* “para silenciar, desalentar y sofocar la oposición al Gobierno del Presidente Maduro, incluso dirigiendo a las personas que, a través de diversos medios, demostraron su desacuerdo con el Gobierno o fueron percibidas como contrarias a él, y a sus familiares y amigos que blanco de ataques por estar asociados con ellos” (par. 160).

Concluyó la Misión en su Informe, al referirse a las responsabilidades que la misma:

“tiene motivos razonables para creer que tanto el Presidente como los Ministros del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz y de Defensa, ordenaron o contribuyeron a la comisión de los delitos documentados en el presente informe, y teniendo la capacidad efectiva para hacerlo, no adoptaron medidas preventivas y represivas” (par. 164).¹⁴¹

Lo anterior evidencia, de hecho, que en Venezuela desaparecieron los derechos humanos como valor esencial y primordial del Estado, habiéndose producido una deshumanización total del mismo.

A ello se suma el proceso de desconstitucionalización de los propios derechos humanos conducido por del Juez Constitucional, el cual comenzó en 2003 cuando la Sala Constitucional mediante sentencia No. 1492 del 7 de julio de 2003,¹⁴² borró de un golpe el sentido del artículo 23 de la Constitución que además de disponer la jerarquía constitucional de los derechos humanos declarados en los tratados internacionales, previó la garantía de su aplicación directa e inmediata por parte de todos los jueces. La Sala logró todo ello, al decidir una acción popular de inconstitucionalidad intentada contra varias normas del Código Penal contentivas de normas llamadas “leyes de desacato” por violación de relativas a la libertad de expresión; proclamando que ella era la única “capaz de interpretar [las normas de los tratados], con miras al Derecho Venezolano,”; negándole a los jueces ordinarios la potestad de aplicar directamente dichas normas de tratados en materia de derechos humanos y darles prevalencia en el orden interno cuando la tengan; y negándole a la Corte Interamericana capacidad de interpretarlas, y proclamando que sus decisiones solo podrían ser aplicados en Venezuela cuando estén conformes con lo que dispone la Constitución.¹⁴³

Posteriormente, mediante sentencia N° 1547 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*) (Caso Leopoldo López) de 17 de

¹⁴¹ Las denuncias de 2020, han sido ratificadas el 10 de marzo de 2021 por la Sra. Marta Valiñas, presidenta de la Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre La República Bolivariana de Venezuela, en su Informe ante la 46ª sesión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Véase en <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=26872&LangID=S>

¹⁴² Véase en *Revista de Derecho Público*, No 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 y ss.

¹⁴³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional mediante la eliminación del rango supra constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, y el desconocimiento en Venezuela de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,” en *Libro Homenaje al Capítulo Venezolano de la Asociación Mundial de Jóvenes Juristas y Estudiantes de Derecho: Recopilación de artículos que desarrollan temas de actualidad jurídica relacionados con el derecho público y el derecho privado*, Asociación Mundial de Jóvenes Juristas y Estudiantes de Derecho, Caracas 2015, ISBN 978-980-6913-90-5.

octubre de 2011,¹⁴⁴ la Sala Constitucional, de nuevo, sobre el artículo 23 de la Constitución antes citado, contrariando su expreso contenido según el cual las normas internacionales sobre derechos humanos “prevalecen en el orden interno” –incluyendo la Constitución–, “en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución,” indicó que dicha norma:

“no otorga a los tratados internacionales sobre derechos humanos rango ‘*supraconstitucional*,’ por lo que, en caso de antinomia o contradicción entre una disposición de la Carta Fundamental y una norma de un pacto internacional, correspondería al Poder Judicial determinar cuál sería la aplicable, tomando en consideración tanto lo dispuesto en la citada norma como en la jurisprudencia de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, atendiendo al contenido de los artículos 7, 266.6, 334, 335, 336.11 *eiusdem* y el fallo número 1077/2000 de esta Sala.”¹⁴⁵

Adicionalmente la Sala, en su sentencia, negando valor a las sentencias de la Corte Interamericana, se refirió a otro fallo anterior, N° 1309/2001, en el cual había declarado que “el derecho es una *teoría normativa puesta al servicio de la política* que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución,” de manera que la interpretación constitucional debe comprometerse “con la mejor *teoría política que subyace tras el sistema* que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*).”

Por supuesto, dicha “política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución” o la “teoría política que subyace” tras el sistema que le sirve de “base axiológica,” que usa la Sala Constitucional no es la que resulta de la Constitución propia del “Estado democrático social de derecho y de justicia,” que está montado formalmente sobre un sistema político de separación de poderes, de control del poder, de pluralismo, de democracia representativa y de libertad económica, sino el que fue definiendo el gobierno contra la propia Constitución y que ha encontrado eco en las decisiones de la propia Sala, como propia de un Estado centralizado, socialista, militarista y represivo, que niega la representatividad, y que pretende estar montado sobre una supuesta democracia participativa controlada por el poder central.¹⁴⁶ Para ello, la Sala declaró que los estándares que se adopten para tal interpretación constitucional “*deben ser compatibles con*

¹⁴⁴ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>

¹⁴⁵ Se refería de nuevo la Sala a la sentencia de 22 de septiembre de 2000 (Caso *Servio Tulio León Briceño*), en *Revista de Derecho Público*, N° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 247 ss.

¹⁴⁶ En los últimos años puede decirse que es la doctrina política socialista, la cual, por supuesto, no está en ninguna parte de la Constitución, y cuya inclusión en la Constitución fue rechazada por el pueblo en la rechazada reforma constitucional de 2007. Véase Allan R. Brewer-Carías, “La reforma constitucional en Venezuela de 2007 y su rechazo por el poder constituyente originario,” en José Ma. Serna de la Garza (Coordinador), *Procesos Constituyentes contemporáneos en América latina. Tendencias y perspectivas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2009, pp. 407-449). La Sala Constitucional, incluso, ha construido la tesis de que la

el proyecto político de la Constitución” - que la Sala no deja de llamar como el del “Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia,” precisando que:

“no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con opciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado.” (subrayados de la Sala).

Concluyó así, la sentencia, que “*no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico por encima de la Constitución,*” siendo inaceptables –para la Sala– las teorías que pretenden limitar “*so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional*” (Subrayados de la Sala).

O sea, que el derecho internacional de derechos humanos es una de esas “valideces” universales” olímpicamente rechazadas por la Sala Constitucional ante el proyecto político autoritario desarrollado al margen de la Constitución y defendido por el órgano que se atribuye el carácter de máximo intérprete de la Constitución¹⁴⁷

De allí concluyó la Sala reiterando lo que ya había decidido en la sentencia No. 1265 de 5 de agosto de 2008¹⁴⁸ en el sentido de que en caso de evidenciarse una contradicción entre la Constitución y una convención o tratado internacional,

Constitución de 1999 ahora “privilegia los intereses colectivos sobre los particulares o individuales,” habiendo supuestamente cambiado “el modelo de Estado liberal por un Estado social de derecho y de justicia” (sentencia de 5 de agosto de 2008, N° 1265/2008, <http://www.tsj.gov.ve:80/deci-siones/scon/Agosto/1265-050808-05-1853.htm>) cuando ello no es cierto, pues el Estado social de derecho ya estaba plasmado en la Constitución de 1961. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Cambio Político y Reforma del Estado (Contribución al Estad Social de Derecho)*, Ed. Ecnos Madrid 1975.

¹⁴⁷ En el fallo de la Sala Constitucional, la misma también hizo referencia al antes indicado fallo anterior N° 1309/2001, donde se había referido al mismo tema de la interpretación constitucional condicionada “ideológicamente” que debe realizarse conforme a “mejor teoría política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución,” subordinándose el derecho internacional al orden nacional. De ello concluyó la Sala que “*la opción por la primacía del Derecho Internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista*” siendo “la nueva teoría” el “combate por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución;” afirmando que en todo caso, “el carácter dominante de la Constitución en el *proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en los cuales descansa el Estado Constitucional venezolano*” (Subrayados de la Sala). // En la sentencia N° 1309/2001 la Sala también había afirmado que “el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, en consecuencia, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto que ella encarna por voluntad del pueblo.” Por ello, la Sala reiteró la negación de la validez universal de los derechos humanos, es decir, negó “cualquier teoría propia que postule derechos o fines absolutos,” o cualquier “*vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional*” (Subrayado de la Sala).

¹⁴⁸ Véase en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/Agosto/1265-050808-05-1853.htm>.

“deben prevalecer las normas constitucionales que privilegien el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegien los intereses colectivos... (...) sobre los intereses particulares...”

Después de este desconocimiento de la validez universal de los derechos humanos, la Sala Constitucional en la misma sentencia N° 1547 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*) de 17 de octubre de 2011,¹⁴⁹ continuó lo que había iniciado con la sentencia N° 1.939 de 18 de diciembre de 2008 en el Caso *Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros*, que más bien debió denominarse *Estado de Venezuela vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*,¹⁵⁰ porque el Sr. Álvarez y los otros en realidad eran los abogados del Estado (Procuraduría General de la República), en la cual la Sala declaró inejecutable en el país la sentencia que había dictado la Corte Interamericana de Derechos Humanos Primera cuatro meses antes, el 5 de agosto de 2008 en el caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, en la cual se había condenado al Estado Venezolano por violación de los derechos al debido proceso de los jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo establecidas en la Convención Americana, al haber sido destituidos sin garantías judiciales algunas de sus cargos.¹⁵¹

En la misma línea en la mencionada sentencia de 2011, la Sala, en su proceso de desconstitucionalización de los derechos humanos, diría en forma contraria al artículo 31 de la Constitución, que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no eran de aplicación inmediata en Venezuela, sino que a sus decisiones sólo “*se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución,*” arrogándose así la potestad de declarar inejecutables en el país los fallos de la Corte Interamericana, como sucedió en varias ocasiones, contrariando el carácter vinculante que los mismos tienen para los Estados.¹⁵²

¹⁴⁹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>. Véase Allan R. Brewer-Carías, “El ilegítimo “control de constitucionalidad” de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: el caso de la sentencia *Leopoldo López vs. Venezuela, 2011,*” en *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*. Editorial Universitas, Vol. I, Madrid, 2013, pp. 1095-1124.

¹⁵⁰ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 116, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 88 ss.

¹⁵¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela,” en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coordinadores), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-70; y en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 13, Madrid 2009, pp. 99-136.

¹⁵² Como la propia CIDH lo resolvió en el caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* el 4 de septiembre de 1998 (Excepciones Preliminares). Véase en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_41_esp.pdf

Para ello, la Sala Constitucional inventó aceptar, en el marco de sus funciones de Juez Constitucional, una especie de “recurso de control de constitucionalidad” de las sentencias de la Corte Interamericana, referido “a la interpretación acerca de la conformidad constitucional del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,” intentado por los abogados del propio Estado, que buscaban formalizar cómo el mismo incumplía la sentencia de la Corte Interamericana.

Por ello, la fundamentación básica de la “acción” fue que las decisiones de los “órganos internacionales de protección de los derechos humanos *no son de obligatorio cumplimiento y son inaplicables si violan la Constitución,*” argumentando los abogados del Estado que lo contrario “sería subvertir el orden constitucional y atentaría contra la soberanía del Estado,” denunciando que la Corte Interamericana de Derechos Humanos violaba:

“la supremacía de la Constitución y su obligatoria sujeción violentando el principio de autonomía del poder judicial, pues la misma llama al desconocimiento de los procedimientos legalmente establecidos para el establecimiento de medidas y sanciones contra aquellas actuaciones desplegadas por los jueces que contraríen el principio postulado esencial de su deber como jueces de la República.”

El Estado, para accionar, de acuerdo con la Sala Constitucional, tenía interés en que se dictase “una sentencia mero declarativa en la cual se establezca el verdadero sentido y alcance de la señalada ejecución con relación al Poder Judicial venezolano en cuanto al funcionamiento, vigilancia y control de los tribunales,” terminando por declarar “*inejecutable*” la sentencia internacional “con fundamento en los artículos 7, 23, 25, 138, 156.32, el Capítulo III del Título V de la Constitución de la República y la jurisprudencia parcialmente transcrita de las Salas Constitucional y Político Administrativa.”

Con esta sentencia, el Estado venezolano comenzó el proceso de desligarse de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos utilizando para ello a su propio Tribunal Supremo de Justicia, el cual lamentablemente ha resultado ser el principal instrumento para la consolidación del autoritarismo en el país.¹⁵³ La conclusión de todo este proceso de confrontación entre la Sala Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la exhortación al Ejecutivo Nacional para desligar a Venezuela de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y ello finalmente se produjo el día 6 de septiembre de 2012 cuando el entonces Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, Sr. Nicolás Maduro, quien ejer-

¹⁵³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007; y “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009),” en *Revista de Administración Pública*, N° 180, Madrid 2009, pp. 383-418.

ce actualmente la Presidencia de la República, luego de denunciar una supuesta campaña de desprestigio contra al país desarrollada por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, manifestó formalmente al Secretario General de la OEA la

“decisión soberana de la República Bolivariana de Venezuela de denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cesando en esta forma respecto de Venezuela los efectos internacionales de la misma, y la competencia respecto del país tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para fundamentar la decisión, el Ministro de Relaciones Exteriores hizo precisamente referencia, no sólo a varios casos decididos por la Corte Interamericana condenando a Venezuela, sino lo más grave, por la presión política que ello significó, a otros procesos entonces por decidir (como el caso *Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela*), presionando con absoluta violencia institucional a la Corte Interamericana para que no fuera a decidir en contra del Estado.¹⁵⁴

SEXTA PARTE

EL FALSEAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA Y DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA: LA CENTRALIZACIÓN, LA DESFEDERALIZACIÓN Y LA DESMUNICIPALIZACIÓN DEL ESTADO EN EL MARCO DE SU DESCONSTITUCIONALIZACIÓN

Además del principio de la limitación del poder mediante su separación horizontal, para que el poder controle al poder, en la Constitución venezolana de 1999, como otra de las bases del Estado democrático de derecho, se estableció un sistema de descentralización política del poder distribuyéndose el poder público entre entidades territoriales en dos niveles para posibilitar la participación ciudadana en la gestión de los asuntos públicos, lo que solo se puede lograr acercando el poder al ciudadano.

Por ello, la descentralización política es otro de los valores esenciales de la Constitución, que debió guiar su ejecución e implementación por parte de los Poderes públicos.

A tal efecto, en la misma, se propuso de establecer un “Estado federal descentralizado” (Preámbulo) definiéndose así mismo a la propia República (art. 4), previéndose además, que el gobierno de las “entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, *descentralizado*, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables” (art. 6).

¹⁵⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Los efectos de las presiones políticas de los Estados en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un caso de denegación de justicia internacional y de desprecio al derecho,” en *Revista Ars Boni Et Aequi* (año 12 n°2), Universidad Bernardo O’Higgins, Santiago de Chile 2016, pp. 51-86.

El sentido del principio de la descentralización política, por lo demás, se deja clara y expresamente delineado en la Constitución, cuando se declara que:

“la descentralización, como política nacional, debe 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).

Todo esto, sin embargo, en la práctica ha resultado ser otra promesa incumplida y otra gran mentira, falseándose totalmente el propósito del Constituyente, habiéndose desarrollado en el país durante los últimos veinte años un Estado altamente centralizado en el cual se ha impedido el desarrollo de la participación política – a pesar del discurso autoritario de la llamada “democracia participativa” –, quedando reducida la misma al ejercicio del sufragio cada vez más inocuo por el control del régimen sobre los procesos electorales.

La participación política como principio constitucional democrático solo es posible mediante la descentralización del poder. Es decir, aparte de mediante elecciones y votaciones libres, la participación política de los ciudadanos en los asuntos públicos solo es posible mediante la descentralización política del poder de manera de acercarlo al ciudadano, lo que conlleva la creación de entidades políticas territoriales autónomas, gobernadas conforme a los principios del gobierno democrático representativo.

Por ello, en el mundo y en la historia de la humanidad no hay ni ha habido democracias centralizadas. Todas las democracias desarrolladas son y han sido posibles gracias a una organización territorial descentralizada, sea con forma federal o de regiones autónomas, y en todo caso, con una amplísima municipalización. Es en estas entidades locales, con autogobierno representativo que la participación política es posible, en la práctica común, desarrollada muchas veces en forma imperceptible.

Por ello, la Constitución, al referirse al Estado Federal Descentralizado buscó que se configurase un efectivo sistema de descentralización del poder con entidades locales con efectiva autonomía política, normativa y administrativa que pudieran desarrollar realmente su autogobierno. La regulación desarrollada en el texto constitucional, sin embargo, fue contradictoria,¹⁵⁵ pues al establecerse el régimen de los Estados y Municipios como componentes esenciales de dicho

¹⁵⁵ Ello lo advertimos apenas se sancionó la Constitución en Allan R. Brewer-Carías, *Federalismo y municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva)*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, N° 7, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 2001; y “El Estado federal descentralizado y la centralización de la federación en Venezuela. Situación y perspectiva de una contradicción constitucional” en *Federalismo y regionalismo*, Coordinadores Diego Valadés y José María Serna de la Garza, Universidad Nacional Autónoma de México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica N° 229, México 2005, pp. 717-750.

Estado, se redujo su autonomía política al remitir a la Ley nacional 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 para posibilitar la participación, 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 a una ley nacional posterior. Contrario a ello, sin embargo, la Constitución de 1999, al regular el funcionamiento y la organización de los Consejos Legislativos de los Estados, remitió su regulación a lo dispuesto en una *ley nacional* (art. 162) la cual se dictó en 2001, como Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados.¹⁵⁶ La misma, además de contradecir la previsión constitucional que le atribuye a los Estados la competencia de dictarse su propia Constitución para organizar sus poderes públicos (art. 164.1), se configuró como una intromisión inaceptable del Poder Nacional en el régimen de aquellos.

En cuanto a los Municipios, la autonomía municipal tradicionalmente garantizada en la propia Constitución también fue interferida 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.

A lo anterior se suma el centralismo que caracterizó el sistema constitucional de distribución de competencias del Poder Público entre los entes político-territoriales, que es lo que origina la descentralización política, al centralizar casi todas las competencias en el Poder Nacional. Los Estados, en la Constitución, materialmente carecen de materias sobre las cuales ejercer alguna competencia exclusiva, a pesar de que incluso en el artículo 164 se hable, precisamente, de “competencias exclusivas.”¹⁵⁷ Las pocas indicadas en dicha norma, en realidad, son en su mayoría materias de competencia parcial de los Estados, en algunos casos concurrentes con el Poder Nacional o con el Poder Municipal, y en cuanto a las competencias que se habían descentralizado y convertido en “exclusivas” de los Estados, como la de la administración y manejo de los aeropuertos y puertos nacionales ubicados en cada Estado, la misma fue centralizada o nacionalizada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en 2008, mutando a tal efecto la Constitución.¹⁵⁸

¹⁵⁶ *Gaceta Oficial* N° 37.282 del 13 de septiembre de 2001.

¹⁵⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La distribución territorial de competencias en la Federación venezolana” en *Revista de Estudios de Administración Local. Homenaje a Sebastián Martín Retortillo*, N° 291, enero-abril 2003, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 2003, pp. 163-200.

¹⁵⁸ Véase sentencia de la Sala Constitucional, N° 565 de 15 de abril de 2008 (*caso Procuradora General de la República, recurso de interpretación del artículo 164.10 de la Constitución de 1999*) en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/565-150408-07-1108.htm> Véase los comentarios sobre esta sentencia, en Allan R. Brewer-Carías, “La Sala Constitucional como poder constituyente: la modificación de la forma federal del estado y del sistema constitucional

Por lo demás, en materia de competencias concurrentes que los Estados hubieran podido haber asumido mediante ley estatal, las mismas, en la Constitución, quedaron sujetas a lo dispuesto en unas leyes nacionales denominadas “leyes de base,” con las que pueden quedar condicionadas (art. 165), quedando en todo caso sujetas a lo dispuesto en la ley nacional. Pero lo cierto ha sido que las leyes nacionales dictadas en relación con materias de competencias concurrentes, lo que han producido es más bien una acentuada centralización, casi total, de las mismas, como ha ocurrido en materia de policía, respecto de la cual, los Estados y Municipios han sido vaciados casi completamente de competencias.¹⁵⁹

Por otra parte, la Constitución, al concebir a la descentralización como desiderátum, estableció en su artículo 157 que la Asamblea Nacional, por mayoría de sus integrantes, podía atribuir a los Municipios o a los Estados “determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización.” Ello, sin embargo, en veinte años, nunca ha ocurrido.

Además, debe mencionarse que al vaciamiento del ámbito de competencias de los Estados por la política de centralización nacional, ha llevado al Poder Ejecutivo nacional a buscar neutralizar totalmente el precario rol de aquellos, mediante el establecimiento de *estructuras nacionales paralelas* a las de los Estados. Ello comenzó con la creación de “Órganos Desconcentrados de las Regiones Estratégicas de Desarrollo Integral (REDI),”¹⁶⁰ a cargo de funcionarios nacionales denominados “Autoridades Regionales,” las cuales además, tienen “Dependencias” en cada Estado de la República, que están a cargo de Delegaciones Estadales, cuyos titulares, todos, son del libre nombramiento del Vicepresidente de la República. Dichos funcionarios se regularon en la reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2014 con el nombre de “jefes [nacionales] de gobierno” (arts. 34, 41, 44).

Estos Delegados o jefes de gobierno, que ejercen sus funciones “dentro del territorio del Estado que se ha asignado” (art. 19), se los ha concebido como los “canales de comunicación” de los Gobernadores de Estado con el Poder Nacional y viceversa, del Poder Nacional con los Estados, teniendo además como misión “realizar las acciones tendentes a impulsar la integración y operación de las comunidades organizadas, instancias del poder popular, organizaciones del poder popular, los consejos de economía y contraloría comunal bajo su demarcación, en

de división territorial del poder público, en *Revista de Derecho Público*, N° 114, (abril-junio 2008), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 247-262.

¹⁵⁹ Lo que comenzó a realizarse con la Ley de Coordinación de Seguridad Ciudadana, en *Gaceta Oficial* N° 37.318 del 6 de noviembre de 2001. Véase además, la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional, y la Ley Orgánica de la Función Policial en *Gaceta Oficial* N° 5940 de 7 de diciembre de 2009.

¹⁶⁰ Véase Resolución N° 031 de la Vicepresidencia de la República, mediante la cual se establece la Estructura y Normas de Funcionamiento de los órganos Desconcentrados de las Regiones Estratégicas de Desarrollo Integral (REDI), en *Gaceta Oficial* N° 40.193 de 20-6-2013. Todo esto se ha regulado en noviembre de 2014 en la Ley de regionalización Integral para el desarrollo Socioprodutivo de la Patria, publicada en *Gaceta Oficial* No. 6.151 Extra. De 18-11-2014.

términos de la normatividad aplicable, cumpliendo con los criterios establecidos por la Autoridad Regional de las Regiones Estratégicas de Desarrollo Integral (REDI)”(art. 20). En definitiva, estas Autoridades nacionales Regionales y los Delegados Estadales son los órganos administrativos del Poder Nacional montados en paralelo a las autoridades estadales, con el objeto de asegurar el vaciamiento de sus competencias y la neutralización del poder de los Gobernadores de Estado, particularmente si no son miembros del partido oficial. Dichas autoridades, en todo caso, también encontraron regulación en noviembre de 2014, en la Ley de Regionalización Integral para el Desarrollo Socio-productivo de la Patria.¹⁶¹

El proceso de ahogamiento y neutralización de las entidades territoriales de la República, además, fue particularmente agudo respecto de las entidades existentes en la Región Capital, donde en 2008, en el Distrito Capital en violación de la Constitución, se crearon autoridades totalmente dependientes del Poder Ejecutivo mediante la Ley Especial Sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital.¹⁶² En esta forma al territorio del Municipio Libertador y de parte del territorio del Distrito metropolitano que estaba a cargo de un Alcalde y un Consejo Metropolitanos de Caracas, se les superpuso una estructura nacional, como entidad dependiente funcionalmente del Ejecutivo nacional, sin gobierno democrático ni autonomía político territorial, ignorando además la existencia del régimen municipal metropolitano a dos niveles previsto en la Constitución, primero duplicando las funciones del mismo, dispuesto para ahogarlo y controlarlo; lo que concluyó con su eliminación fáctica, contra lo dispuesto en la Constitución.

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 representativo y, más importante, de autonomía (art. 169). 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 nacional,” con lo que se abrió el camino definitivo para la propia destrucción del régimen municipal.

Para ello, la Sala Constitucional “interpretó” que la “libre gestión de las materias de su competencia” que garantiza la Constitución a los Municipios conforme a dicha autonomía no es más que “una *libertad condicionada*, no sólo por las limitaciones que directamente impone el Constituyente sino por todas aquellas que pueda imponer el Legislador Nacional, y los legisladores estadales al ejercicio de la autonomía municipal, de acuerdo con las normas de la propia Constitución y dentro de los límites por ella indicados”¹⁶³.

¹⁶¹ Véase. Decreto Ley N° 1.425, en *Gaceta Oficial* N° 6.151 Extra. de 18 de noviembre de 2014.

¹⁶² Véase en *Gaceta Oficial* N° 39.156 de 13 de abril de 2009.

¹⁶³ Véase sentencia N° 2257 de 13 de noviembre de 2001, en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 202 y ss.

Ello, precisamente, es lo que ha permitido que se haya venido implementando mediante ley, en paralelo al régimen municipal, para destruirlo, el denominado Poder Popular, con el que se dio inicio más bien al proceso de desconstitucionalización¹⁶⁴ y desmunicipalización del país.¹⁶⁵ Cuando al contrario, lo que debió ocurrir fue que se hiciera efectiva la democracia participativa mediante la municipalización, descentralizándose efectivamente el Estado, para asegurar la participación política de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos.¹⁶⁶

Ello era particularmente importante ante la tradición municipal del país que le ha dado muy poco margen a la participación política. Basta recordar que en Venezuela, con caso un millón de kilómetros cuadrados hay 338 Municipios como autoridades locales, lo que resulta irrisorio si se compara por ejemplo, con Francia donde con la mitad de territorio hay más de 34.000 Comunas, o de España e Italia, que tienen alrededor de 8.000 municipios. En solo una Comunidad Autó-

¹⁶⁴ Véase en general sobre este proceso de desconstitucionalización del Estado, Allan R. Brewer-Carías, “La desconstitucionalización del Estado de derecho en Venezuela: del Estado Democrático y Social de derecho al Estado Comunal Socialista, sin reformar la Constitución,” en *Libro Homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández, Diversas Disciplinas Jurídicas*, (Coordinación y Compilación Astrid Uzcátegui Angulo y Julio Rodríguez Berrizbeitia), Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Monteávila, Universidad Central de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Vol. V, Caracas 2012, pp. 51-82; en Carlos Tablante y Mariela Morales Antonorzi (Coord.), *Descentralización, autonomía e inclusión social. El desafío actual de la democracia*, Anuario 2010-2012, Observatorio Internacional para la democracia y descentralización, En Cambio, Caracas 2011, pp. 37-84; y en *Estado Constitucional*, Año 1, N° 2, Editorial Adrus, Lima, junio 2011, pp. 217-236. Véase además, Allan R. Brewer-Carías, “Las leyes del Poder Popular dictadas en Venezuela en diciembre de 2010, para transformar el Estado Democrático y Social de Derecho en un Estado Comunal Socialista, sin reformar la Constitución”, en Cuadernos Manuel Giménez Abad, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomo, No. 1, Madrid, Junio 2011, pp. 127-131; “La Ley Orgánica del Poder Popular y la desconstitucionalización del Estado de derecho en Venezuela”, en *Revista de Derecho Público*, No. 124, (octubre-diciembre 2010), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 81-101; y el estudio: “Introducción General al Régimen del Poder Popular y del Estado Comunal (O de cómo en el siglo XXI, en Venezuela se decreta, al margen de la Constitución, un Estado de Comunas y de Consejos Comunales, y se establece una sociedad socialista y un sistema económico comunista, por los cuales nadie ha votado),” en Allan R. Brewer-Carías, Claudia Nikken, Luis A. Herrera Orellana, Jesús María Alvarado Andrade, José Ignacio Hernández y Adriana Vigilancia, *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal (Los consejos comunales, las comunas, la sociedad socialista y el sistema económico comunal)* Colección Textos Legislativos N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 9-182.

¹⁶⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El inicio de la desmunicipalización en Venezuela: La organización del Poder Popular para eliminar la descentralización, la democracia representativa y la participación a nivel local”, en AIDA, *Opera Prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores de Acatlán, Coordinación de Postgrado, Instituto Internacional de Derecho Administrativo “Agustín Gordillo”, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México, 2007, pp. 49 a 67.

¹⁶⁶ Véase nuestras propuestas para la reforma hacia un Nuevo Municipalismo en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 164 a 169.

noma española, como es el caso de Castilla y León, hay más de 2.500 municipios, cifra similar a la que por ejemplo existe en Suiza.¹⁶⁷

Para hacer efectiva la descentralización política, Venezuela debió haberse municipalizado, estableciéndose en cada pueblo, caserío o lugar una entidad política local, para así permitir que el Municipio pudiera llegar a ser la unidad política primaria en la organización nacional. Es decir, para que el Municipio fuera efectivamente la unidad política primaria en la organización nacional, debió haberse regulado en la Constitución en una forma que estuviese bien descentralizado en el sentido de bien cerca del ciudadano, lo que debió haber implicado la efectiva municipalización del territorio, multiplicando el reducido número de Municipios que existían y existen, ubicando Municipios allí donde hubiera una comunidad con vínculos permanentes de vecindad. Pero lamentablemente ello no se logró prever en la Constitución, y el Municipio, tal como se lo había regulado en la ley nacional, se lo concibió bien lejos de los ciudadanos, y sin posibilidad real de que puedan llegar a ser centros para la participación política; lo que quedó avalado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo al interpretar los elementos esenciales para que pudiera existir un Municipio.¹⁶⁸

Pero lo insólito del falseamiento de la participación política respecto del derecho a la participación del ciudadano, que ha impedido la efectiva municipalización del territorio que debió haber conducido a multiplicar todos los centros urbanos con entidades locales con gobiernos propios electos democráticamente por vía del sufragio; es que la política desarrollada por el régimen autoritario ha sido, al contrario, la de la desmunicipalización del territorio, mediante el proceso de creación de las Comunas y de los Consejos Comunales, como entidades con autoridades que no son electas mediante sufragio que forman el llamado Estado Comunal que se ha venido implementando al margen de la Constitución y en fraude a la voluntad popular que lo rechazó en 2007. Con todo ello, lo que se ha buscado, ha sido, en lugar de descentralizar el poder, concentrarlo, destruyendo el federalismo, la descentralización y el municipio, e imponer un nebuloso Estado comunal como expresión de tránsito hacia el socialismo.”¹⁶⁹

Y, además, ello, mediante entidades que no son democrático-representativas, sino integradas con “voceros” nombrados a mano alzada, y dependientes del

¹⁶⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Colección Cuadernos de la Cátedra Fundacional Doctor Charles Brewer Maucó “Historia del Derecho en Venezuela,” Universidad Católica Andrés Bello, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, 436 pp.

¹⁶⁸ Véase sentencia N° 618 de 2 de mayo de 2001 (Caso: *Municipio Simón Bolívar, Estado Zulia*), en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 199 ss.

¹⁶⁹ Véase lo expresado por José Luis Villegas M., “Hacia la instauración del Estado Comunal en Venezuela: Comentario al Decreto Ley Orgánica de la Gestión Comunitaria de Competencia, Servicios y otras Atribuciones, en el contexto del Primer Plan Socialista-Proyecto Nacional Simón Bolívar 2007-2013,” en *Revista de Derecho Público*, N° 130, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 127 ss.

Ejecutivo Nacional a través del partido oficial, mediante los cuales no sólo se ha buscado despojar a los Municipios de su carácter de unidad política primaria en la organización nacional, sino que se han regulado para vaciarlos de competencias mediante su transferencia a los mismos.¹⁷⁰

Para lograrlo, además, en lugar de haberse multiplicado las Juntas Parroquiales representativas previstas en la Constitución que era lo que correspondía, con miembros electos mediante sufragio; al contrario, en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010,¹⁷¹ las mismas fueron inconstitucionalmente eliminadas como entidades locales representativas con gobierno democráticamente electos, pasando a ser entes “consultivos” de los referidos Consejos Comunales a los cuales se asignó el carácter de representantes de las Comunas como entidades locales (art. 19), totalmente desligadas de los Municipios y sin que sus miembros sean electos mediante sufragio.

Las Comunas, que no existen en la Constitución, en efecto, y a pesar de que su creación fue una propuesta de la rechazada reforma constitucional de 2007, fueron creadas en fraude a la voluntad popular, y reguladas en la Ley Orgánica de las Comunas de 2010. Las mismas fueron además concebidas en la Ley Orgánica del Poder Popular, para suplantar al Municipio constitucional, como la “célula fundamental” del Estado Comunal.¹⁷²

Para ese efecto, a la Comuna se la definió en el artículo 15.2 de esta Ley Orgánica del Poder Popular, como la “entidad local” que conforma un “espacio socialista” para la supuesta “participación protagónica como expresión del Poder Popular;” noción que implica que la misma está vedada a todo aquél que no sea “socialista” o que no crea en el socialismo, o que no comulgue con el socialismo como doctrina política, en forma totalmente discriminatoria y contraria al pluralismo democrático que garantiza la Constitución (art. 6).

Además, al declarárselas en la Ley Orgánica de las Comunas (art. 1) y en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Municipal, como “entidad local,” ello viola la Constitución (arts. 169, 173), pues de acuerdo a la misma tal denomina-

¹⁷⁰ Véase *Ley Orgánica de los Consejos Comunales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010; y Armando Rodríguez García, “Participación ciudadana, institucionalidad local y consejos comunales en Venezuela,” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, N° 129, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2007, pp. 125-164.

¹⁷¹ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.015 Extraordinario del 28 de diciembre de 2010.

¹⁷² Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.011 Extra. de 21-12-2010. Véase sobre esta Ley el libro de Allan R. Brewer-Carías (Coordinador), Claudia Nikken, Luis A. Herrera Orellana, Jesús María Alvarado Andrade, José Ignacio Hernández y Adriana Vigilanza, *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal (Los Consejos Comunales, las Comunas, la Sociedad Socialista y el Sistema Económico Comunal)*, Colección Textos Legislativos N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011. Véase además, Allan R. Brewer-Carías, “La Ley Orgánica del Poder Popular y la desconstitucionalización del Estado de derecho en Venezuela,” en *Revista de Derecho Público*, N° 124, (octubre-diciembre 2010), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 81-101.

ción solo se aplica a las entidades políticas, cuyos representantes siempre tienen que ser electos mediante sufragio universal, directo y secreto (arts. 63, 169), para conformar gobiernos locales ceñidos a los principios establecidos en el artículo 6 de la Constitución, es decir, que deben ser “siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables.” Sin embargo, en violación a la Constitución, dichas autoridades denominadas “voceros” de los Consejos Comunales son designados a mano alzada por asambleas de ciudadanos controladas por el partido de gobierno, porque los Consejos Comunales para poder existir necesitan registrarse en un Ministerio del propio Ejecutivo nacional.

En este esquema de establecimiento del Poder Popular y el Estado Comunal, a los efectos de ahogar y estrangular progresivamente el Estado Constitucional, y con ello la propia democracia participativa, la primera de las instituciones territoriales afectadas por supuesto que fue el Municipio, el cual, siendo la unidad política primaria dentro la organización de la República, ha quedado desvinculado totalmente del proceso de desarrollo comunal y de la participación popular.

Ello ha dado pie a un proceso de desmunicipalización total del territorio, que se ha materializado incluso con la posibilidad de vaciamiento total de competencias de los Municipios, mediante la transferencia forzada de las mismas a órganos dependientes del Poder Central conforme a la Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y Otras Atribuciones (Decreto Ley N° 9.043);¹⁷³ y limitado el rol del Municipio como promotor de la participación del pueblo a actuar sólo “a través de las comunidades organizadas,” que son las que se regulan en las Leyes Orgánicas del Poder Popular identificadas con el socialismo, en contra de la previsión del artículo 62 de la Constitución que garantiza el carácter libre de la participación.

De todo lo anterior resulta que en absoluto desprecio y falseamiento de la Constitución se ha desarrollado un proceso de desconstitucionalización y centralización progresivo del Estado,¹⁷⁴ para estructurar en el país, sin que nadie haya votado por ello, y más bien contrariando la voluntad popular, un Estado paralelo al Estado Constitucional, denominado “Estado del Poder Popular” o “Estado Comunal,” que como se dijo, Hugo Chávez pretendió imponer en 2007 con una reforma constitucional que sin embargo, sometida a referendo fue abrumadoramente rechazado por el pueblo.¹⁷⁵

¹⁷³ Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.097 Extra. de 15 de junio de 2012.

¹⁷⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado totalitario y desprecio a la Ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, 532 pp.; segunda edición, (Con prólogo de José Ignacio Hernández), Caracas 2015, 542 pp.

¹⁷⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista, Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Colección Textos Legislativos, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, 157 pp.

Pero a pesar de ello, el mismo fue inconstitucionalmente decretado mediante leyes orgánicas en 2010, ante la completa abstención y pasividad cómplice del Juez Constitucional, que se ha negado a decidir que la Constitución no puede reformarse mediante leyes sino solo mediante los procedimientos establecidos en la Constitución, disponiéndose un régimen contrario al Estado democrático y social de derecho previsto en la Constitución, eliminado el sufragio y la forma federal del Estado, y con el mismo, además produciéndose la desfederalización y desmunicipalizando a la nación.¹⁷⁶

Y lo más grave aún, pretendiéndose establecer una “democracia” sin representación, es decir, según lo que fueron las propias palabras de Chávez al proponer la reforma constitucional en 2007, que “no nace del sufragio ni de elección alguna, sino que nace de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población.”¹⁷⁷

SÉPTIMA PARTE

EL PRINCIPIO DEL GOBIERNO CIVIL Y SU FALSEAMIENTO CON LA AVASALLANTE MILITARIZACIÓN DEL PAÍS AL MARGEN DE LA AUTORIDAD CIVIL

Por último, otra de las muestras de falseamiento del Estado democrático en Venezuela ha sido el proceso de descivilismo, es decir, de eliminación del régimen de gobierno civil que es de la esencia del Estado de derecho y de la democracia, mediante un avasallante proceso de militarización del Estado.

Dicho proceso comenzó en 1999, con el asalto al poder que se dio con ocasión de la elección a la Asamblea Nacional Constituyente la cual fue integrada por el grueso de los militares que habían intentado, junto con Hugo Chávez, dos fracasados golpes de Estado de 1992.

Ese asalto a la Asamblea Constituyente originó el diseño en la Constitución de elementos militaristas, como lo advertimos en 1999,¹⁷⁸ al eliminarse del texto

¹⁷⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El inicio de la desmunicipalización en Venezuela: La organización del Poder Popular para eliminar la descentralización, la democracia representativa y la participación a nivel local”, en *AIDA, Opera Prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores de Acatlán, Coordinación de Postgrado, Instituto Internacional de Derecho Administrativo “Agustín Gordillo”, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México, 2007, pp. 49 a 67.

¹⁷⁷ Véase *Discurso de Orden pronunciado por el ciudadano Comandante Hugo Chávez Frías, Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela en la conmemoración del Ducentésimo Segundo Aniversario del Juramento del Libertador Simón Bolívar en el Monte Sacro y el Tercer Aniversario del Referendo Aprobatorio de su mandato constitucional*, Sesión especial del día Miércoles 15 de agosto de 2007, Asamblea Nacional, División de Servicio y Atención legislativa, Sección de Edición, Caracas 2007, p. 35.

¹⁷⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Razones del voto NO en el referendo aprobatorio de la Constitución,” en *Debate Constituyente (Labor en la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

constitucional la formulación expresa del principio de sujeción o subordinación de la autoridad militar a la autoridad civil, consagrándose, al contrario, una gran autonomía de la autoridad militar y de la Fuerza Armada, con la posibilidad de intervenir en funciones civiles.

El desarrollo del militarismo se efectuó, así, en los últimos lustros, por la eliminación de la tradicional prohibición de que la autoridad militar y la civil no podían ejercerse simultáneamente, como se estableció en las Constituciones anteriores; la eliminación del control por parte de la Asamblea Nacional respecto de los ascensos de los militares de alta graduación, como se había regulado en el constitucionalismo histórico, siendo ahora un asunto exclusivo de la Fuerza Armada (art. 331); la eliminación de la obligación de la Fuerza Armada de velar por la estabilidad de las instituciones democráticas que preveía el artículo 132 de la Constitución de 1961, con lo cual el respeto a la democracia dejó de ser obligación constitucional de la Fuerza Armada; la eliminación de la otra obligación de la Fuerza Armada de respetar la Constitución y las leyes, “cuyo acatamiento - como lo decía el artículo 132 de la Constitución de 1961 - estará siempre por encima de cualquier otra obligación.”

Todo ello fue la base para el desarrollo del militarismo en Venezuela, lo que se agravó entre otros factores, con la adopción en la Constitución de 1999 del concepto de la doctrina de la seguridad nacional, como globalizante, totalizante y omnicomprendensiva, conforme a la cual todo lo que acaece en el Estado y la Nación, concierne a la seguridad del Estado, incluso el desarrollo económico y social (art. 326)¹⁷⁹; y la eliminación del principio del carácter no deliberante y apolítico de la institución militar, como lo establecía el artículo 132 de la Constitución de 1961.¹⁷⁹

Todo ello abrió la vía para que la Fuerza Armada, como institución militar, y para que los militares comenzaran a deliberar políticamente, configurándose a la Fuerza Armada como un partido militar “chavista,”¹⁸⁰ luego de un proceso sostenido y continuo de destrucción del profesionalismo militar.¹⁸¹ El proselitismo

¹⁷⁹ Véase lo que expusimos sobre el marco militarista de la Constitución en 1999, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999; y en *Asamblea Constituyente y Poder Constituyente 1999*, Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VI, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 1049-1050.

¹⁸⁰ El general Vladimir Padrino, Jefe del Comando Estratégico Operacional de la Fuerza Armada en el discurso de orden que pronunció en la Asamblea nacional el día de la Independencia, el 5 de julio de 2014, expresó: “Lo voy a decir con mucha responsabilidad atendiendo a la ética y a la gran política: esta FANB es chavista.” Véase en <http://www.diariolasamericas.com/america-latina/jefe-militar-venezolano-asegura-que-fuerzas-armadas-chavistas.html>. Tres meses después, el 23 de octubre de 2014 apareció publicado el decreto mediante el cual se lo designó Ministro del Poder Popular para la defensa. Véase Decreto N° 1346 en *Gaceta Oficial* N° 40.526, de 25 de octubre de 2014.

¹⁸¹ Fernando Ochoa Antich ha resumido este proceso expresado que: “Hugo Chávez, decidido a destruir el profesionalismo militar, aprobó casi de manera continua tres leyes orgánicas: la de los años 2005, 2008 y 2010. La ley orgánica del año 2005 tuvo un aspecto positivo al eliminar

político de los militares, además, ha sido formalmente regularizado por sentencia de la Sala Constitucional de 11 de junio de 2014, mutando la Constitución,¹⁸² resultando de todo ello que los militares han pasado a formar parte de un grupo privilegiado en la sociedad, con seguro acceso a bienes y servicios a los cuales los ciudadanos comunes no llegan.¹⁸³

Ese esquema militarista que se estableció en la Constitución de 1999, incluso se pretendió reforzar y reconstitucionalizar en la reforma constitucional presentada por Chávez en 2007,¹⁸⁴ afortunadamente rechazada por el pueblo, en la cual se propuso reformar el artículo 328, para eliminar la previsión constitucional de que la Fuerza Armada es “institución esencialmente profesional, sin militancia política.” En su lugar se proponía establecer que constituye “un cuerpo esencialmente patriótico popular y antiimperialista.”

Con ello, de haberse aprobado, hubiera desaparecido la institución militar como institución profesional, y la prohibición de que la misma no tuviera militancia política, lo que buscaba abrir el camino constitucional para la integración de la Fuerza Armada en el partido político de su Comandante en Jefe, quien ejerce la Suprema Autoridad Jerárquica en todos sus Cuerpos, Componentes y Unidades (como se propone en la reforma del artículo 236,6 de la Constitución).

las funciones de mando del ministerio de la Defensa, pero al centralizar la conducción de la Fuerza Armada en el presidente de la República y crear inconstitucionalmente el Comando General de la Milicia comprometió la autonomía de las tradicionales Fuerzas y su capacidad de mando sobre las unidades operativas. No satisfecho con esta reforma aprobó la ley orgánica del año 2008. Esta ley mantuvo la tendencia centralizadora de la concepción militar chavista, fortaleció a la Milicia Bolivariana como respuesta a su objetivo de consolidar el régimen mediante una vanguardia revolucionaria y transformó a los suboficiales profesionales de carrera en oficiales técnicos sin considerar los grados militares y la antigüedad. De manera sorprendente, aprobó en el año 2010 una nueva ley orgánica, que tuvo por finalidad concederle al presidente de la República el grado militar de comandante en jefe y mando efectivo sobre las unidades operativas; crear al oficial de milicias, con posibilidad de optar a cualquier grado, permitiendo que ciudadanos sin formación militar pudieran formar parte de sus cuadros; y permitir a los suboficiales de tropa ascender a oficiales efectivos. Estas reformas legales tenían un solo objetivo: destruir los tradicionales valores militares y permitir ideologizar a la Fuerza Armada Nacional.” Véase Fernando Ochoa Antich, “Destruir el profesionalismo militar,” en *El Nacional*, Caracas 28 de septiembre de 2014, en http://www.el-nacional.com/fernando_ochoa_antich/Destruir-profesionalismo-militar_0_490151147.html

¹⁸² Véase la sentencia de la Sala Constitucional N° 651 de 11 de junio de 2014 (Caso *Rafael Huizi Clavier y otros*) en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/junio/165491-651-11614-2014-14-0313>. HTML. Véase el comentario en Allan R. Brewer-Carías, “Una nueva mutación constitucional: el fin de la prohibición de la militancia política de la Fuerza Armada Nacional, y el reconocimiento del derecho de los militares activos de participar en la actividad política, incluso en cumplimiento de las órdenes de la superioridad jerárquica,” en *Revista de Derecho Público*, N° 138, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

¹⁸³ Véase por ejemplo el reportaje publicado en *Bloomberg News*: “New Cars for the Army as Venezuelans Line Up for Food,” 19 de septiembre de 2014, en <http://www.bloomberg.com/news/2014-09-29/venezuelan-army-enjoys-meat-to-cars-denied-most-citizens.html>

¹⁸⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado socialista, centralizado, policial y militarista*, Allan R. Brewer-Carías, Caracas 2007, 160 pp.

Además, se buscaba establecer en el texto de la Constitución, con la reforma, entre los objetivos de la Fuerza Armada, la de “la participación permanente en tareas de mantenimiento de la seguridad ciudadana, y conservación del orden interno, así como la participación activa en planes para el desarrollo económico, social, científico y tecnológico de la nación,” buscándose constitucionalizar la militarización del Estado y la Administración.

En la reforma, además, se proponía eliminar la previsión constitucional de que la Fuerza Armada “está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna,” y sustituirla por otra para disponer que “en el cumplimiento de su función, estará siempre al servicio del pueblo venezolano en defensa de sus sagrados intereses y en ningún caso al de oligarquía alguna o poder imperial extranjero.” La consecuencia de este cambio hubiera sido la eliminación de la prohibición impuesta constitucionalmente a la Fuerza Armada de que pudiera estar al servicio de persona o parcialidad política alguna, lo que de nuevo buscaba abrir el camino constitucional para la integración de la Fuerza Armada en el partido político de su Comandante en Jefe, quien la puede poner a su servicio o al servicio del partido del gobierno.

Ese esquema militarista, sin embargo, si bien no se aprobó formalmente en la reforma constitucional de 2007 que fue rechazada por el pueblo, ha sido puesto en práctica de hecho durante los últimos veinte años, no solo con la creación al margen de la Constitución, de la Fuerza Armada “Bolivariana” mediante la Ley Orgánica de 2008, sino con la creación de la “Milicia Bolivariana” mediante la reforma de la Ley Orgánica de enero de 2020.¹⁸⁵ Con ello, en esta reforma, por tanto, la Fuerza Armada dejó de ser una “institución esencialmente profesional” como lo expresa la Constitución (art. 328), y también dejó de ser una institución “sin militancia política” como también lo indica la Constitución, desde el momento que en el artículo 1º ahora la declara como “*bolivariana, antiimperialista y antioligárquica.*” En la Ley se introdujo además la noción de la “defensa integral de la nación” como si se tratara de que “las instituciones públicas y privadas, y las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras,” deben “integrarse” a la defensa militar, “garantizando la unión cívico militar” (art. 5).

El militarismo ahora inserto en una nueva legislación, por otra parte, se ha venido acentuando en el ámbito de las instituciones públicas, con el nombramiento de militares y exmilitares para ocupar la mayoría de los altos cargos públicos, y su elección, también, para los gobiernos regionales y locales, lo que ha conducido al apoderamiento casi total de la Administración civil del Estado por parte de los militares y por la Fuerza Armada, a la cual, incluso se le atribuye en la Constitución “la participación activa en el desarrollo nacional” (art. 328).

¹⁸⁵ Véase en gaceta Oficial No. 6508 de 30 de enero de 2020. Véase el comentario de “Ley Constitucional de la FANB: Consolidación de la desnaturalización de la Fuerza Armada” en POLITIKA UCAB, 13 de febrero de 2020; disponible en: <https://politikaucab.net/2020/02/13/ley-constitucional-de-la-fanb-consolidacion-de-la-desnaturalizacion-de-la-fuerza-armada/>

En esa línea, en septiembre de 2014, quien ejerce la Presidencia de la República entregó a los militares el control total de la economía al designar a militares para dirigir todos los órganos de la Administración Pública del sector económico,¹⁸⁶ designando incluso para dirigir y terminar de destruir a PDVSA, a militares recién retirados, sin conocimiento alguno del negocio petrolero.¹⁸⁷

Lo grave de este apoderamiento de la Administración Pública y del control militar de la economía, ha sido, además, en los últimos años, la creación de empresas públicas del Estado de carácter militar adscritas al Ministerio de la Defensa y manejadas exclusivamente por militares.

El caso más notorio, cuyo objeto sin embargo, nada tiene que ver con el elemento militar, fue la creación en 2016, en paralelo a PDVSA, de otra empresa pública petrolera, pero militar, adscrita al Ministerio para la Defensa y, por tanto, desvinculada, en el marco de la organización de la Administración Pública, del sector de energía y petróleo. Esa fue la Compañía Anónima Militar de Industrias Mineras, Petrolíferas y de Gas (CAMIMPEG), creada por decreto N° 2.231 de 10 de febrero de 2016,¹⁸⁸ que respondería a un “nuevo modelo de gestión” de acuerdo con “Revolución Bolivariana,” y a un “modelo económico productivo ecosocialista” para “desarrollar tecnologías propias de nuestra industria militar,” quedando adscrita dicha empresa, por tanto, al Ministerio para la Defensa. (art. 1); y la cual, contrariando la Constitución, ha resultado ser el instrumento más

¹⁸⁶ Véase el comentario sobre los cambios ministeriales de septiembre de 2014 por Francisco Mayorga, “Gustavo Azócar Alcalá, Los militares y la economía,” en *ACN, Agencia Carabobeña de Noticias*, 10 de septiembre de 2014, en <http://acn.com.ve/opinion/los-militares-y-la-economia/>. Sin embargo, la entrega de la conducción de la economía a los militares no es nueva. Véase por ejemplo lo escrito meses antes por: Patricia Claremboux, AFP, “Bajo el ala de Maduro, los militares toman control del poder económico de Venezuela.” En sus primeros 9 meses de gobierno, el mandatario ya nombró a 368 uniformados en puestos políticos. Ahora, con la designación de un general del Ejército al frente del Ministerio de Finanzas, la militarización se extiende a la economía,” 20 enero de 2014, en <http://www.infobae.com/2014/01/20/1538269-bajo-el-ala-maduro-los-militares-toman-control-del-poder-economico-venezuela>. Véase además el reportaje: “Maduro dejó en manos de un militar los problemas económicos de Venezuela. El presidente venezolano puso a Hebert García Plaza al frente del Órgano Superior de la Economía, creado para enfrentar la emergencia,” 13 de septiembre de 2013, en <http://elcomer-cio.pe/mundo/actualidad/maduro-dejo-manos-militar-problemas-economicos-venezuela-noticia-1630919>; y el reportaje: “Militares comandan economía en Venezuela,” en *Agencia France Press*, 20 de enero de 2014, en http://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2014/01/20/in-terna_internacional_489796/militares-comandam-economia-na-venezuela-afirmam-analisis.shtml. Véase además, Peter Wilson, “A Revolution in Green. The Rise of Venezuela’s Military,” en *Foreign Affairs*, 2014, disponible en <http://www.foreignaffairs.com/arti-cles/142133/peter-wilson/a-revolution-in-green>.

¹⁸⁷ Véase Allan R. Brewer-carías, *Crónica de una destrucción. Concesión, Nacionalización, Apertura, Constitucionalización, Desnacionalización, Estatización, Entrega y Degradación de la Industria Petrolera*, Colección Centro de Estudios de Regulación Económica-Universidad Monteávil, N° 3, Universidad Monteávil, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018, 730 pp.

¹⁸⁸ Véase en *Gaceta Oficial* N° 40.845, de 10 de febrero de 2016.

depredador del ambiente que pueda imaginarse como ha quedado evidenciado en su participación como agente explotador en el ecocidio de la zona estratégica del llamado Arco Minero del Orinoco, creada dos semanas después de la creación de dicha empresa militar.¹⁸⁹ Por lo visto al régimen militar no le importa la incompatibilidad esencial que existe en que la Fuerza Armada sea la que tiene a su cargo el resguardo de los recursos naturales renovables y no renovables, y sea a la vez la que mediante empresas propias los explote sin ningún control.

De acuerdo con el decreto, el objeto social de la empresa abarca absolutamente todos los aspectos imaginables tanto de la industria petrolera, como de la industria del gas y de la industria minera, siendo en materia petrolera aún más amplió que lo previsto como objeto social en los estatutos de la propia PDVSA. Esta empresa, por tanto, tiene todas las competencias no solo de PDVSA, sino de todas sus empresas filiales como Corpoven, S.A, PDVSA Petróleo, S.A., y Bariven, S.A, y con ello, el riesgo de que posiblemente se producirá el vaciamiento progresivo de todas estas empresas, las cuales es posible que queden como cascarones vacíos.

Y todo ello, además, con el agravante de que la nueva industria petrolera militar y minera ha quedado por obra de la dictadura judicial, fuera del marco de control fiscal que ejerce la contraloría General de la República. Para ello, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de 14 de diciembre de 2016,¹⁹⁰ dictada con motivo de un recurso de interpretación formulado por los propios abogados del Estado, es decir, la Procuraduría General de la República, insólitamente excluyó a la propia Compañía Anónima Militar de Industrias Mineras, Petrolíferas y de Gas (CAMIMPEG), del ámbito de control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, por ser una “empresa militar,” aun cuando nada tiene que ver con el componente militar, quedando sometidas solo al supuesto control externo de la Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana. Para ello, la Sala Político Administrativa consideró que

“la Fuerza Armada es la organización militar encargada de la defensa integral del Estado, el Ministerio del Poder Popular para la Defensa es el máximo órgano administrativo en dicha materia, y el Sector Defensa viene a ser una noción más amplia, pues comprende tanto a la Fuerza Armada como al Ministerio y sus órganos internos.”

En ese contexto de militarización progresiva, por ejemplo, a principios de marzo de 2021, quien ejerce la presidencia, N. Maduro, ordenó la activación de un Ejercicio militar “Escudo Bolivariano,” involucrando en el mismo las Re-

¹⁸⁹ Véase el Decreto No. 2248 de 24 de febrero de 2016 de creación de la zona de desarrollo estratégico nacional Arco Minero de Orinoco. Véase *Gaceta Oficial* No. 40855 del 24 de febrero de 2016

¹⁹⁰ Véase <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/194202-01421-151216-2016-2011-0044.HTML>

giones Estratégicas de Defensa Integral (REDI), las Zona Operativa de Defensa Integral (ZODI), las Área de Defensa Integral (ADI), junto con los Consejos Comunales, los comités políticos patrióticos y a la Milicia Bolivariana, confundándose, como lo ha advertido Rocío San Miguel, “el sistema de defensa militar con la defensa integral de la nación,” al integrarse para las prácticas “efectivos militares, civiles y policiales, gobernaciones, alcaldías y milicia en todo el territorio nacional, como parte del nuevo concepto de Sistema Defensivo Territorial.”¹⁹¹

Pero el militarismo no sólo se ha manifestado en la organización de la Administración, sino en el extraordinario gasto militar en que ha incurrido Venezuela en los últimos años, no superado por ningún país de la región;¹⁹² así como por la militarización progresiva de funciones otrora administrativas, como las de policía, lo que se ha visto en particular, con extrema gravedad en 2014, en la militarización de la represión a las protestas y no sólo estudiantiles, sino vecinales y sindicales.¹⁹³

Este hecho de la militarización de las fuerzas de seguridad y orden público, incluso, fue particularmente destacado en el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Michelle Bachelet sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela, de 4 de julio de 2019, en el cual mostró una “visión general de la situación de los derechos humanos” de enero de 2018 a mayo de 2019,¹⁹⁴ constatando cómo la situación de estado de excepción que existe desde 2016 y que se ha ido renovando cada 60 días, ha implicado “un aumento de la militarización de las instituciones del Estado (§ 31); y cómo

¹⁹¹ Véase “Rocío San Miguel advierte sobre la carga ideológica de ejercicios militares, en *Efecto cocuyo*, 5 de marzo de 202; disponible en: https://efectococuyo.com/politica/rocio-san-miguel-advierte-sobre-carga-ideologica-de-ejercicios-militares/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign+.

¹⁹² Véase Carlos E. Hernández, Venezuela tuvo el mayor crecimiento en gasto militar de Latinoamérica,” en *Notitarde.com*, 6 de febrero de 2014, en <http://www.notitarde.com/Pais/Venezuela-tuvo-el-mayor-crecimiento-en-gasto-militar-de-Latinoamerica/2014/02/06/303181>.

¹⁹³ Como lo destacó recientemente la destacada dirigente política, Paulina Gamus: “Con Chávez se inaugura no solo la militarización del gobierno, sino también la politización del mundo militar.” “La inspiración para ese modelo” agregó, está en “el culto a la personalidad, la transformación de los hombres de armas en la guardia pretoriana del gobernante y la presencia atropellante de militares en cargos públicos, con licencia para robar.” Véase en el artículo “Mamá, yo quiero un cadete. El apoyo de partidos de izquierda a los gobiernos militarizados de Chávez y Maduro en Venezuela es oprobioso,” en *El País, Internacional*, 14 de julio de 2014, en http://internacional.elpais.com/internacional/2014/07/14/actualidad/1405349965_980938.html

¹⁹⁴ Véase “Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela,” 4 de julio de 2019, en https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session41/Documents/A_HRC_41_18_SP.docx. Los “comentarios del Estado” (“Comentarios sobre errores de hecho del Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los derechos humanos sobre la situación de derechos humanos de la República Bolivariana de Venezuela”), pueden consultarse en https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session41/Documents/A_HRC_41_18_Add.1.docx

“Las medidas se han adoptado con la finalidad declarada de preservar el orden público y la seguridad nacional contra presuntas amenazas internas y externas, han *aumentado la militarización de las instituciones del Estado y el empleo de la población civil en tareas de inteligencia y defensa*” (§76).

Por último hay que destacar cómo, en forma absolutamente contradictoria con el militarismo avasallante, de hecho, y como política de gobierno, la Fuerza Armada, durante estos últimos lustros, sin embargo perdió el monopolio de las armas y de la fuerza, no sólo por la creación de la llamada Milicia, fuera de los componentes tradicionales de la misma, sino por la proliferación de armas en manos de toda suerte de delincuentes y la dotación de armas a grupos civiles urbanos (los Colectivos) con vínculos criminales, fuera del control de los propios militares e incluso de las policías.¹⁹⁵

Sobre ello, el mismo Informe Bachelet destacó en cuanto a los “*colectivos armados*,” a los cuales calificó como “*grupos armados civiles pro-gubernamentales*” (§ 24), cómo han contribuido a ejercer “control social en las comunidades locales, *apoyando a las fuerzas de seguridad en la represión de manifestaciones y de la disidencia*” (§ 32); y cómo los mismos, “*también recurrieron a la violencia contra manifestantes, a menudo en coordinación con las fuerzas de seguridad*.” En muchos casos, estas acciones produjeron muertes y heridas graves” (§ 39); recomendando, en definitiva, que el Estado “*Desarme y desmantele a los grupos armados civiles progubernamentales* (los llamados “colectivos armados”) y garantice la investigación de sus delitos” (§ 82).

APRECIACIÓN FINAL

Todo lo antes expuesto, lo que pone en evidencia, como ejemplo de estudio de caso en el Continente Iberoamericano es cómo en un Estado como Venezuela, a pesar de todo lo que dice la Constitución sobre el *Estado democrático y social de derecho, descentralizado y de justicia*, en la práctica ello ha resultado ser una

¹⁹⁵ Fernando Ochoa Antich ha comentado que la desconfianza de Chávez en la lealtad de la Fuerza Armada lo llevó a “debilitar sus principales valores profesionales, buscando crear, al mismo tiempo, dos organizaciones armadas que sirvieran de equilibrio a una posible acción militar: la Milicia Bolivariana y los Colectivos Revolucionarios. Esta acción, no sólo fue inconstitucional sino totalmente irresponsable al repartir armamento de guerra sin ningún control. Esa ha sido la causa fundamental del incremento de la violencia. Para colmo, se ha perdido el control de los Colectivos representando un verdadero riesgo para la estabilidad nacional.” Agregó Ochoa que contrariamente al “principio fundamental de la seguridad del Estado [de que] el monopolio de las armas de guerra lo debe tener exclusivamente la Fuerza Armada Nacional y los organismos de seguridad, ha sido tal la falta de control y la irresponsabilidad del régimen chavista que permanentemente los delincuentes se encuentran mejor armados que los organismos policiales y de seguridad, equiparándose en muchas oportunidades con el equipamiento de las unidades militares: Véase “Violencia y más violencia,” en El nacional, 12 de octubre de 2014, en http://www.el-nacional.com/fernando_ochoa_antich/Violencia-violencia_0_499150202.html

gran mentira, habiéndose falseado completamente su contenido, con las ejecutorias de un gobierno autoritario que se instaló en el país desde 1999 cuando un grupo de militares golpistas fracasados, utilizando los mecanismos propios del populismo constitucional,¹⁹⁶ asaltaron el poder, para controlarlo.

Por ello, las violaciones a la misma, como se ha dicho, comenzaron a producirse desde el mismo momento en el cual la Constitución entró en vigencia, originándose con ello el falseamiento de todos los elementos y principios esenciales del Estado de derecho, así como de todos los elementos y componentes esenciales de la democracia como régimen político tal como los definió casi coetáneamente la Carta Democrática Interamericana de 2001.

El resultado de todo ese proceso de falseamiento ha quedado evidenciado con la evaluación que hizo el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, Dr. Luis Almagro, cuando en 2016, apartándose de la política abstencionista de los anteriores Secretarios Generales que no quisieron ver los desafueros del régimen autoritario, denunció la grave alteración del orden constitucional que se había producido en del país y que había afectado gravemente el orden democrático.¹⁹⁷

Almagro, en efecto, asumiendo toda su responsabilidad ante el Continente constató cómo en Venezuela - dijo -:

*“no existe en Venezuela una clara separación e independencia de los poderes públicos, donde se registra uno de los casos más claros de cooptación del Poder Judicial por el Poder Ejecutivo;”*¹⁹⁸

agregando que *“El Gobierno se ha olvidado defender el bien mayor, el bien colectivo”* [y que] *“El pueblo venezolano se enfrenta a un Gobierno que ya no le rinde cuentas. Un Gobierno que ya no protege los derechos de los ciudadanos. Un Gobierno que ya no es democrático”* [...],

Dicho gobierno, entre otras ejecutorias -dijo-:

“repetidamente ha empleado intervenciones inconstitucionales en contra de la legislatura, con la connivencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia;”

¹⁹⁶ Véase sobre el tema mi estudio: “El populismo constitucional y el “nuevo constitucionalismo.” O de cómo se destruye una democracia desde dentro,” en Juan Carlos Cassagne y Allan R. Brewer-Carías, *Estado populista y populismo constitucional. Dos estudios*, Ediciones Olejnik, Santiago, Buenos Aires, Madrid 2020, 330 pp.

¹⁹⁷ Véase la comunicación del Secretario General de la OEA de 30 de mayo de 2016 con el *Informe sobre la situación en Venezuela en relación con el cumplimiento de la Carta Democrática Interamericana*, en oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf; y la comunicación del Secretario General de la OEA de 14 de marzo de 2017 con el *Informe de seguimiento sobre Venezuela* en <http://www.oas.org/docu-ments/spa/press/informe-VZ-spanish-signed-final.pdf>

¹⁹⁸ *Idem*. p. 73. Disponible en oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf.

siendo ello un ejemplo, que demuestra:

“claramente *la falta de independencia del poder judicial* [que], “*el sistema tripartito de la democracia ha fracasado* y [que] *el poder judicial ha sido cooptado por el ejecutivo* [...]”¹⁹⁹

En otra comunicación pública del mismo año 2016, el Secretario General Almagro destacó cómo una sentencia injusta de condena producto de persecución contra un dirigente político, marcaba un hito que era nada menos que “*el lamentable final de la democracia en Venezuela*,” indicando que “párrafo a párrafo,” la mencionada sentencia era “*la terminación del Estado de Derecho*,” demostrando claramente que:

“*en Venezuela hoy no rige ninguna libertad fundamental y ningún derecho civil o político y que estos han expresamente quedado sin efecto en la conducción de los asuntos de gobierno.*”

En fin concluía su carta Pública el Secretario general Almagro, afirmando tajantemente que “*hoy en Venezuela no hay democracia ni Estado de Derecho.*”²⁰⁰

Unos meses después, en su *Informe de Seguimiento* del 14 de marzo de 2017, el propio Dr. Almagro, terminaría constatando cómo todos los intentos diplomáticos por tratar de cambiar la política del gobierno autoritario habían fracasado, indicando que los “*hechos no dejan lugar a dudas*,” de que “*Venezuela viola todos los artículos* de la Carta Democrática Interamericana;” es decir, no uno o varios, *sino todos*.

Lo importante de estas apreciaciones que el Secretario general también expresó ante el Consejo Permanente de la OEA, y que resumen la trágica realidad política y constitucional que ha vivido Venezuela durante los últimos veinte años, que tanto y tantos denunciarnos en los últimos años -por mi parte desde 2001-²⁰¹

¹⁹⁹ Véase el texto de la exposición del Secretario General Luis Almagro ante el Consejo Permanente de la OEA, 23 de junio de 2016, en: http://www.el-nacional.com/politica/PresentaciondelSecretarioGeneraldeLaOEAante_NACFIL20160623_0001.pdf. Véase igualmente el texto en los Apéndices a este libro.

²⁰⁰ Véase el texto de la carta abierta del Secretario General Luis Almagro a Leopoldo López, de 22 de agosto de 2016, en *Lapatilla.com*, 23 de agosto de 2016, en <http://www.lapatilla.com/site/2016/08/22/almagro-a-leopoldo-lopez-tu-injusta-sentencia-marca-un-hito-el-lamentable-final-de-la-democracia-carta/>.

²⁰¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La democracia venezolana a la luz de la Carta Democrática Interamericana, Aide Memoire* (documento) Caracas, febrero 2002. Disponible en <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/09/Brewer-Car%C3%ADas.-La-democracia-venezolana-a-la-luz-de-la-Carta-Democratica-Interamericana-Dic-2001.-Feb.2002-SIN-PIE-DE-PAGINA.pdf>. Véase igualmente: Allan R. Brewer-Carías, *La crisis de la democracia venezolana. la Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas 2002, 263 pp.

es que fueron expresadas oficialmente por la más alta autoridad institucional de las Américas,²⁰² a pesar y en contra de la oposición que formuló el gobierno de Venezuela; oposición que afortunadamente fue rechazada por el propio Consejo Permanente de la OEA con el voto de 20 Estados Miembros, poniendo fin a la nefasta política de compra de votos a cambio de la factura petrolera que había permitido a Venezuela controlar ese foro internacional, y que tanto daño causó en el continente.

Unas apreciaciones similares, sobre el falseamiento de la Constitución Política en Venezuela, las formuló Michelle Bachelet, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su Informe sobre la situación de los derechos humanos en el país, de 4 de julio de 2019,²⁰³ cuyas violaciones afirmó han sido originados entre otros factores, porque:

“durante al menos una década, el Gobierno, así como las instituciones controladas por el Gobierno han aplicado leyes y políticas que han acelerado la *erosión del Estado de derecho y el desmantelamiento de las instituciones democráticas*, incluyendo la Asamblea Nacional (§ 30).

Agregó la Alta Comisionada, además, que:

“durante más de un decenio, Venezuela ha adoptado e implementado una serie de leyes, políticas y prácticas que han *restringido el espacio democrático, debilitado las instituciones públicas y menoscabado la independencia del poder judicial*” (§ 76);

²⁰² Como lo expresó recientemente José Miguel Vivanco de Human Rights Watch: “Tras la histórica sesión del Consejo Permanente de hoy, donde una mayoría de países rechazó el intento de Venezuela para cerrar la discusión internacional sobre la situación en el país, el Presidente Maduro quedó bajo la mira de la OEA. El secretario general sobresalió con una valiente y honesta intervención sobre la gravísima crisis que aqueja a Venezuela, legitimando a la OEA como foro para fiscalizar el cumplimiento de Venezuela con sus obligaciones jurídicas internacionales en materia de derechos humanos y democracia. Maduro deberá ahora corregir sus prácticas y mostrar resultados concretos en el marco del proceso de la Carta Democrática.” Véase en @HRW_Venezuela; y en “Human Rights Watch celebró votación en la OEA sobre Venezuela,” en *Diario de la Américas*, 24 de junio de 2016, en http://www.diariolasamericas.com/4848_venezuela/3896835_human-rights-watch-celebro-votacion-en-oea-sobre-venezuela.html

²⁰³ Véase “Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela,” 4 de julio de 2019, en https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session41/Documents/A_HRC_41_18_SP.docx. Los “comentarios del Estado” (“Comentarios sobre errores de hecho del Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los derechos humanos sobre la situación de derechos humanos de la República Bolivariana de Venezuela”), pueden consultarse en https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session41/Documents/A_HRC_41_18_Add.1.docx. Igualmente en Allan R. Brewer-Carías y Asdrúbal Aguiar (Editores), *Venezuela. Informes sobre violaciones grave de derechos humanos*, Iniciativa Democrática España América, Editorial Jurídica Venezolana, Miami 2019, 160 pp.

agregando que:

“La *falta de independencia y la corrupción en el poder judicial* son también obstáculos importantes a los que se enfrentan las víctimas en su búsqueda de justicia y reparación” (§ 56).

Mayor falseamiento del Estado de derecho y de la democracia, ciertamente no podremos encontrar en el Continente; materia sobre la cual, con un ejemplo real como el de Venezuela, ya no es necesario teorizar.

New York, 8 de marzo de 2021

II PARTE

DESCONSTITUCIONALIZACIÓN

2. EL CONCEPTO DE “DESCONSTITUCIONALIZACIÓN”

Néstor Pedro SAGÜÉS*

1. INTRODUCCIÓN

Constitutionalistas y politólogos han empleado con distintos sentidos la palabra “desconstitucionalización”, originada, al parecer, en Francia (*déconstitutionnalisation*). En otros casos, no se ha utilizado explícitamente esa palabra, pero sí nociones muy próximas a ella. El presente trabajo realizará una muestra elemental de esos significados y procurará reelaborar las notas distintivas de la desconstitucionalización, sus tipos principales y la calificación que merecen desde el ángulo de la estimativa jurídica.

2. DESCONSTITUCIONALIZACIÓN COMO REDUCCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

En esta versión del concepto, “desconstitucionalizar” importa ceñir la constitución a un conjunto de “reglas de organización”, relativas a la erección y funcionamiento de los poderes del Estado, quitándole la “parte dogmática” y reduciendo a la ley suprema, en verdad, a un “*code de procédure constitutionnel*”, o código de procedimientos de la operatividad de los órganos de gobierno.¹

* Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires y Académico numerario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

¹ Sobre esta acepción y su enunciado en Barthélemy y Duez, y en Esmein y Nézard, ver Kägy Werner, *La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*, trad. por Sergio Díaz Ricci y Juan José Reyven, Madrid 2005, ed. Dykinson, págs. 140/1.

Desde esta perspectiva, la constitución, circunscripta a su “parte orgánica”, no se ocupa de enunciar los derechos de las personas, que en definitiva pasan a tener categoría legislativa, pero no constitucional. De esa maneaa, apunta Werner Kägy, el legislador goza de un enorme margen para determinar el contenido de las leyes, ya que no está condicionado, respecto a ese contenido, por derechos de nivel constitucional. Un ejemplo de ello pudo ser Francia, de 1875 a 1940, que tenía como “constitución” (inorgánica) un conjunto de leyes constitucionales que no describían derechos, sino que estructuraban a los poderes del Estado francés y determinaban las pautas de su interrelación.²

Si bien cabe recordar que la primera versión de la constitución de Estados Unidos (1787) no contenía la descripción de derechos (aunque pronto se corrigió con las diez enmiendas iniciales, que instrumentaron el llamado *writ of rights* norteamericano), lo cierto es que una constitución sin derechos equivale a una constitución con derechos dejados a la discrecionalidad del Poder Legislativo y a las mayorías de turno. Eso puede conducir, como se ha dicho con acierto, a una “democracia absoluta”, pero no a una genuina “democracia constitucional”.³

3. DESCONSTITUCIONALIZACIÓN COMO ABANDONO DE LOS PRINCIPIOS POLÍTICOS LIBERALES DEL CONSTITUCIONALISMO

Una segunda posibilidad es la de entender la desconstitucionalización como la pérdida de ciertos postulados clave del movimiento constitucionalista de la primera etapa, de corte liberal, como el principio democrático, el régimen representativo, o la división de los poderes. Este fenómeno se produce, por ejemplo, en la primera posguerra, en los estados totalitarios y autoritarios entonces en boga (Italia, Alemania, Unión Soviética, etc.).⁴

Segundo V. Linares Quintana, quien acepta ese concepto, detalla entre otras razones que provocaron la referida desconstitucionalización, las siguientes:

- a) la inseguridad de la paz y el estado latente de guerra que existieron apenas concluida la primera guerra mundial;
- b) lo que llama “la crisis de la psicología nacional”, o sentimientos regresivos desatados en diversas comunidades nacionales;
- c) la falta de coincidencia entre los textos constitucionales y las realidades locales, vale decir, la contradicción entre la dimensión normativa del llamado “constitucionalismo teorizante o profesoral” (constituciones redactadas por cateóricos, al estilo de Alemania y Austria), y la dimensión fáctica o existencial;

² Kägy Werner, *La constitución como ordenamiento jurídico...* ob. y pág. cit.

³ Kägy Werner, *La constitución como ordenamiento jurídico...* ob. cit., pág. 142.

⁴ Ver Posada Adolfo, *El principio del Führer o la desconstitucionalización del Estado*, en “La Nación”, Buenos Aires, 6 de mayo de 1935, cit. por Linares Quintana Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, 2ª. ed. (Buenos Aires, 1977), ed. Plus Ultra, t. 1 págs. 182/3.

d) las luchas sociales, apuradas por las crisis económicas y falsamente resueltas por “los enunciados líricos y declamatorios incluidos en el papel de una Constitución”;

e) la crisis de los principios morales, devaluados por una sociedad materialista y maquiavelizada;

f) el progreso de la ciencia y de la técnica, que ha contribuido al engrosamiento del poder del Estado, confiriéndole un poder de coerción inimaginable años atrás;

g) el advenimiento al poder de las masas, que generó en muchos países un clima político demagógico y dictatorial;

h) el factor económico y de prevalencia de intereses de ese tipo, sectoriales, sobre el bien común;

i) políticas rutinarias y vegetativas en las democracias, inaptas para adaptarse a las nuevas crisis que se presentaron, y para formular respuestas útiles para solucionarlas.⁵

4. DESCONSTITUCIONALIZACIÓN COMO PÉRDIDA DE RANGO CONSTITUCIONAL DE NORMAS CONSTITUCIONALES

Parte de la doctrina francesa ha explicado que ante fenómenos de golpe de estado o revolucionarios, sobreviven jurídicamente no solamente las leyes anteriores compatibles con el nuevo régimen, sino también las normas constitucionales previas que no se refieren al régimen político (ciertas declaraciones de derecho administrativo o penal, por ejemplo, que al decir de Esmein, solamente eran constitucionales por la forma, al estar incluidas en la constitución, pero no por su objeto o naturaleza), aunque en este caso lo hacen solamente con fuerza de ley. A ello se llamó, explican Prélot y Boulois, “la desconstitucionalización por efecto de las revoluciones”.⁶

5. DESCONSTITUCIONALIZACIÓN COMO DEROGACIÓN SOCIOLÓGICA DE NORMAS CONSTITUCIONALES

En ese sentido, se sostiene que el incumplimiento, la desnaturalización o la violación reiterados de reglas constitucionales, no sancionados por los custodios de la supremacía constitucional, puede provocar en determinados casos la abrogación sociológica, por desuetudo, de las normas en cuestión. Según situaciones

⁵ Linares Quintana Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, ob. cit., págs. 183 a 193.

⁶ Cfr. Esmein A., *Éléments de Droit Constitutionnel français et comparé*, 7ª ed. (París 1921), Recueil Sirey, t. I pág. 580; Prélot Marcel y Boulois Jean, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 8ª ed., París 1980, Dalloz, pág. 197.

que varían de país en país, es factible que tramos significativos de la constitución queden así desconstitucionalizados. En homenaje a la verdad, cabe constatar esas exclusiones de reglas constitucionales, más allá de lo lamentable que sea el proceso de desconocimiento de cláusulas de la ley suprema.⁷

6. FENÓMENOS PRÓXIMOS. DESCONSTITUCIONALIZACIÓN Y “DESMONTAJE DE LA CONSTITUCIÓN”

Interesa abordar situaciones que, aunque no hayan sido etiquetadas como formas de desconstitucionalización, de todos modos, guardan cercanía con esta última.

Para Werner Kägý, el “desmontaje” de la constitución es un fenómeno vinculado a la *decadencia* o *desplazamiento* de lo normativo-constitucional, entendido como un proceso de debilitamiento de la fuerza motivadora de la norma de la ley suprema. Importan casos de desviaciones o aberraciones normativas, ya que la regla en sí no queda afectada, aunque sí su eficacia. A su entender, la decadencia de lo normativo-constitucional es una consecuencia general de la declinación de lo normativo en la existencia humana en comunidad.⁸

Entre los indicadores de ese desmontaje constitucional, Kägý destaca los siguientes:

a) el “derecho de emergencia” refrendado por una lectura de la constitución entrevista como la “constitución extraordinaria o de emergencia”, que desvincula al operador gubernativo de controles y responsabilidades, y que magnifica un derecho de emergencia intra o extraconstitucional;

b) la admisión de la doctrina del “quebrantamiento constitucional”, por vía consuetudinaria, y conforme a la cual es admisible que en un *caso concreto* se infrinja a la constitución, siempre que el precepto constitucional continúe rigiendo en el futuro.⁹

c) la delegación de competencias legislativas, y la “concesión de plenos poderes”, al Poder Ejecutivo, confiriéndole un “poder constitucional exorbitante”, traducido por ejemplo en la definición de la autoridad del *Führer* como poder

⁷ Hemos utilizado tal sentido de la palabra “desconstitucionalización”: Sagüés Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, 1ª reimpresión (Buenos Aires, 2004), ed. Astrea, pág. 358.

⁸ Cfr. Kägý Werner, *La constitución como ordenamiento jurídico...* ob cit., pág. 54 y sigts., 62, 137 y sigts.

⁹ Sobre la aceptación del *quebrantamiento* de la constitución (infracción para un caso específico) en virtud de que “su necesidad resulta de la situación especial de un caso concreto, de una coyuntura anormal imprevista”, “en interés de la existencia política del todo”, y como muestra de “la supremacía de lo existencial sobre la simple normatividad”, ver Schmitt Carl, *Teoría de la Constitución, reimpresión* (Madrid s/f), ed. Revista de derecho privado, pág. 125. El autor puntualiza que el quebrantamiento no significa una reforma constitucional, ya que el texto quebrantado continúa en vigor.

“amplio, total, libre e independiente, exclusivo e ilimitado”.¹⁰ En definitiva, se arriba a “una emancipación progresiva de la actividad estatal de las normas constitucionales”.

d) una concepción de la “constitución política”, o “constitución viviente”, sustraída de la normativización clásica, de tipo consuetudinario, no moldeada en forma de ley, sino vivencialmente, modificable por la ley común o incluso individualmente por el *Führer*.

e) la identificación entre derecho y política, y entre el ordenamiento populista y el derecho.

f) la admisión de la reforma o cambio de la constitución por medio de la interpretación constitucional (“dinámica” o “mutativa”), o por un procedimiento distinto al previsto por la propia constitución (hipótesis de “reforma desprecia-tiva de la constitución”; y caso de las “mutaciones constitucionales”). También, la reforma “indirecta” o “tácita” de la constitución, por medio de la ley común opuesta a ella, pero no declarada inconstitucional, o de la costumbre opuesta a la constitución.¹¹

g) evitar la aplicación de preceptos constitucionales precisos mediante el avance de los conceptos jurídicos indeterminados (“conceptos-válvula”), o la “fuga hacia las cláusulas generales”.

h) recurrir a la “adaptación de la Constitución” como estrategia de evasión de las directrices constitucionales.

7. DESCONSTITUCIONALIZACIÓN Y “DESVALORIZACIÓN” DE LA CONSTITUCIÓN

Karl Loewenstein plantea el problema de la “desvalorización” de la consti-tución escrita preferentemente en el ámbito de las constituciones que denomina *normativas*, esto es, de las cumplidas u obedecidas en una proporción aceptable (no en la esfera de las constituciones *nominales*, cuya dosis de observancia es

¹⁰ Así, se llegó a decir que “El *Führer* y Canciller del Reich es el delegado plenipotenciario y constituyente del pueblo alemán que, sin atención de los requisitos formales, determina la configuración de la forma externa del Reich como asimismo la política general... En el *Führer* se reúne todo el poder del pueblo alemán”, incluso “la máxima autoridad jurisdiccional”. V. Kägy Werner, *La constitución como ordenamiento jurídico...*, ob. cit., pág. 144, nota 154, con mención como fuente de H. Frank y Carl Schmitt.

¹¹ Cabe recordar que respecto de la constitución de Weimar, fue frecuente el uso de la llamada reforma “implícita”, que consistía en decidir una enmienda constitucional con la mayoría le-gislativa requerida por el art. 76 de aquel texto, pero sin expresar que se reformaba a la consti-tución. Por ello, no era claro determinar en múltiples casos, si mediaba o no reforma. Para terminar con esa práctica, algunas constituciones modernas, como la alemana, demandan que si se reforma la constitución, ello se diga expresamente en el acto reformativo. Ver de Otto Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes* (Barcelona, 1987), ed. Ariel, págs. 62/3.

mínima, ni en el campo de las constituciones *semánticas*, que importan un simple disfraz constitucional para encubrir hipócritamente situaciones de poder).¹²

En concreto, define esa *desvalorización* como un episodio signado por dos acontecimientos. El primero es la “falta de observancia *conciente* de la constitución”, por parte de los detentadores del poder constitucional. Y acaece cuando una disposición constitucional de tipo *esencial* no es deliberadamente aplicada o realizada. La norma constitucional sigue entonces formalmente vigente, pero permanece, explica, como *lex imperfecta*, o letra muerta, “en contradicción con la supuesta obligatoriedad inalienable de la ley fundamental”. Ello es así porque la efectivización de la norma perjudicaría a los operadores de la constitución.

Esta patología, explica Loewenstein, se produce algunas veces (i) incumpliendo prohibiciones constitucionales (por ejemplo, el rearme japonés, interdicto por la constitución de 1946; la concesión de delegaciones legislativas parlamentarias en el poder ejecutivo, en la constitución francesa de 1946), o (ii) no realizando deberes constitucionales (algo que hoy llamaríamos inconstitucionalidad por omisión: la falta de lanzamiento de la Corte Constitucional italiana durante ocho años, por desacuerdos entre los partidos políticos acerca de los jueces que cabía designar; y la ausencia de ley reglamentaria de la vida interna de los partidos políticos en Alemania Federal, durante un lapso prolongado, a pesar de las previsiones de la ley fundamental de 1947). En otros casos, (iii) se adoptan medidas que la constitución no contempla (por ejemplo, en Suiza, durante bastante tiempo, las “resoluciones federales urgentes”). El listado es simplemente enunciativo.

El segundo factor que coadyuva a la desvalorización de la constitución es la “erosión de la conciencia constitucional” en la sociedad, vale decir, la pérdida de prestigio de la constitución en la comunidad, suceso que para nuestro autor es muy frecuente: “la masa de la población ha perdido su interés en la constitución, y ésta, por tanto, su valor efectivo para el pueblo. Esto es un hecho indiscutible y alarmante”. Existen, eso sí, distintos grados de desapego y de indiferencia hacia la constitución, que en casos extremos pueden llegar hasta la hostilidad constitucional. Lograr la “revitalización de la conciencia constitucional” en el pueblo puede en ciertos casos resultar una misión hartamente difícil, que demanda, concluye, o acercar al pueblo a su constitución o acercar la constitución al pueblo, mediante la reforma constitucional.¹³

En definitiva, el incumplimiento conciente de cláusulas constitucionales importantes por los operadores oficiales de la constitución, encuentra en la indiferencia u hostilidad popular hacia la constitución un excelente caldo de cultivo para el éxito de la empresa evasiva de la constitución. El producto final, la *desva-*

¹² Loewenstein Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. por Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª. ed. (Barcelona, 1976), ed. Ariel, pág. 222 y sigts. Los subrayados son nuestros.

¹³ Loewenstein Karl, *Teoría de la Constitución*, ob. cit., pág. 231.

lorización de la constitución, bien puede configurar, entendemos, a la *desconstitucionalización* en sí, o al menos a una de sus manifestaciones más significativas.

8. DESCONSTITUCIONALIZACIÓN Y “FALSEAMIENTO” O “FRAUDE” CONSTITUCIONAL

La expresión “falseamiento” de la constitución ha sido aplicada de distinto modo. A título ejemplificativo mencionamos algunos.

a) Sánchez Agesta cita como primera manifestación del *falseamiento* constitucional la imposición de una constitución inspirada en valores o principios incapaces de vertebrar a una sociedad. El segundo caso ocurre cuando los valores originales de una constitución sufren una desviación histórica, pierden convicción comunitaria y terminan como una tradición muerta. De hecho se impone un nuevo orden, con otros principios y creencias, pero bajo el ropaje del mismo texto constitucional viejo, que concluye entonces falseado en el orden de las realidades. La versión extrema del falseamiento deliberado, sostiene, es el “fraude constitucional”, que se dio de modo manifiesto, por ejemplo, con Mussolini, al manipular el Estatuto Albertino de 1848, o con Hitler, al distorsionar las reglas constitucionales del texto de Weimar de 1919.¹⁴

b) Maurice Hauriou empleó la expresión *falseamiento de la constitución* igualmente con dos acepciones, ambas referidas a la modificación o cambio encubierto de la constitución formal. Una, mediante la sanción de leyes ordinarias opuestas a la constitución, pero no declaradas inconstitucionales por los órganos de control de la constitucionalidad, con lo que pueden terminar derogándola.¹⁵ Otra, a través de prácticas y costumbres, en particular de los órganos gubernativos, opuestas a la ley suprema.

9. REEXAMEN

Un nuevo encuadre del concepto de “desconstitucionalización” obliga recordar que el prefijo “des” denota *negación* o *inversión* del significado de la palabra a la que es antepuesto. Por ende, aplicado a nuestro caso, implica negación o inversión de una *constitucionalización*.

a) Un primer sentido de la “desconstitucionalización” es, consecuentemente, quitar rango constitucional a algo que tiene esa calidad. Eso puede producirse por vía de reforma expresa de la constitución, sea (i) eliminando del escenario jurídico a un instituto incluido en la constitución (así, la reforma constitucional de la Provincia de Tucumán del año 2006 borró al Tribunal Constitucional formal-

¹³ Sánchez Agesta Luis, *Principios de Teoría Política*, 3ª ed. (Madrid 1970), Editora Nacional, págs. 341/2.

¹⁵ Hauriou Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, 2ª ed., trad. por Carlos Ruiz

mente creado por la constitución local de 1990), sea (ii) manteniéndolo, pero en un plano subconstitucional (un ejemplo de ello es el tema del número de jueces de la Corte Suprema de Justicia argentina, punto tratado en el texto constitucional de 1853 (art. 91), que los fijaba en nueve, pero que a partir de la reforma de 1860 desaparece tal cifra de la constitución formal –actual art. 108- y se regula por ley). En esta última hipótesis, el asunto, de estar antes *constitucionalizado*, pasa a la condición de *legalizado*.

Todavía estamos, conviene aclararlo, dentro del marco de lo constitucional, en tanto la enmienda se haya realizado respetando a la constitución.

b) A los supuestos de los temas en que el propio constituyente los “baja” *-constitucionalmente-* de la constitución formal, hay que añadir los casos de derogación sociológica de reglas constitucionales, por medio de la costumbre constitucional abrogatoria, o desuetudo.¹⁶ También ellos entran en el catálogo de los rubros desconstitucionalizados, pero por conductos no formalmente constitucionales. Ingresamos así en la dimensión *inconstitucional* de la desconstitucionalización.

c) la palabra “desconstitucionalización” puede proyectarse igualmente hacia situaciones más sutiles, propias del llamado “desmontaje” (*supra*, parágrafo 6), “falseamiento” (*supra*, parágrafo 8) o “desvalorización” constitucional (*supra*, parágrafo 7), cuando una regla constitucional no es formalmente cambiada, pero sí resulta desvirtuada, pervertida, bloqueada o desnaturalizada, especialmente por prácticas, costumbres o interpretaciones mutativistas, generalmente manipulativas de la constitución,¹⁷ que en definitiva producen una caída en el vigor jurídico (o “fuerza normativa”) del precepto constitucional sancionado en su momento. Uno o más tramos del mismo, en efecto, dejarán realmente de aplicarse, a veces incluso con sustitución del contenido constitucional, por más que el operador simule que los está haciendo funcionar a pleno.

Ese vaciamiento puede referirse, cabe destacarlo, tanto a la letra como al espíritu (fines, principios, ideología) que anime a la cláusula constitucional.

Como se anticipó, otra importante fuente de desconstitucionalización surge de la reiterada sanción de leyes o decretos inconstitucionales, pero no declarados

del Castillo, (Madrid s/f), ed. Reus, págs. 331/2. Debe recordarse que al escribir Hauriou su obra, varios países carecían de un sistema de control de constitucionalidad, motivo por el cual en ellos las leyes inconstitucionales aprobadas por el Parlamento, no podían ser declaradas por los operadores jurídicos como opuestas a la constitución. En tal hipótesis, la ley común del caso reformaba oblicuamente a la constitución.

¹⁶ No abordamos aquí el debate sobre la posibilidad de que la costumbre derogue una regla de la constitución formal. Nos inclinamos a la doctrina que así lo acepta: ver nuestra *Teoría de la Constitución*, ob. cit., pág. 413 y sigts., adonde derivamos al lector.

¹⁷ Sobre la interpretación mutativa (que puede quitar algo al texto constitucional, agregárselo o realizar ambas operaciones: mutación por *sustracción*, *adición* y *mixta*), y en cuanto la interpretación manipulativa, nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución*, 2ª. ed. (Buenos Aires 2006), ed. LexisNexis, págs. 42 y sigts., 165 y sigts.

así por los órganos de control de constitucionalidad, con lo que, indirectamente, rigen por encima de la constitución y de hecho, bloquean o anestesian a las reglas constitucionales que los contradicen.¹⁸ La aplicación de un derecho subconstitucional contrario a la constitución, en efecto, importa paralelamente la inaplicación del derecho constitucional que se le opone.

d) conceptualmente, una cosa es la “desconstitucionalización” de una norma constitucional (su vaciamiento o desmontaje, como vimos), y otra su “quebrantamiento”, ya que en este último caso el precepto sigue en vigor, por más que haya sido infringido en una situación específica (v. *supra*, parágrafo 6, nota 9). Sin embargo, si en un país se dan situaciones de quebrantamiento de múltiples reglas constitucionales importantes, puede por cierto hablarse de una crisis de constitucionalidad lindante, o similar, llegado el caso, con un estado de desconstitucionalización. Quizá podría clasificarse el problema así: el decaimiento o *desvalorización* (para hablar en términos de Loewenstein) de la constitución, puede perpetrarse tanto por *quebrantamiento* como por *desconstitucionalización* inconstitucional.

e) la superficie de la desconstitucionalización (ya en la letra, ya en los fines e ideología) es forzosamente variable. Hay constituciones con una baja cuota de desconstitucionalización, pero en otras los tramos desconstitucionalizados pueden ser enormes. Los episodios de fraude constitucional consignados *supra*, en el parágrafo 8 a, son indicativos de situaciones extremas.

f) la desconstitucionalización se consolida en el plano normativo, si el intérprete final (y por ende, definitivo) de la constitución la acepta, explícita o implícitamente, no excluyéndola del escenario de la validez constitucional, por más que se trate de una operación inconstitucional. Pero otro dato importante, en la realidad existencial, es el refrendo sociológico de la desconstitucionalización, que se produce cuando obtiene un real consenso en el medio, consecuencia, de vez en cuando, pero no siempre –volviendo a Loewenstein (*supra*, parágrafo 7)- de vivencias colectivas de desapego o indiferencia hacia la constitución.

10. REFLEXIONES AXIOLÓGICAS

Cabe inquirir si la desconstitucionalización, que en el plano ideológico se encuentra íntimamente vinculada a los valores, bienes y creencias jurídico-políticas, está signada solamente por el abandono de los principios políticos liberales (*supra*, parágrafo 3).

La respuesta a este interrogante depende de si se exige, para plasmar una constitución, la pertenencia a una concepción ideológica determinada, como es la

¹⁸ Cabe recordar que como enseña Kelsen, la ley inconstitucional vale como constitucional mientras no sea declarada inconstitucional. En realidad, agrega, *es* constitucional hasta que se produzca su descalificación como inconstitucional. Cfr. Kelsen Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, 3ª. ed., trad. por Eduardo García Maynez (México, 1969), UNAM, pág. 187.

liberal, o si puede haber constituciones y derecho constitucional no liberales. De hecho, los últimos han existido y existen. Si un país contaba con una constitución liberal y adopta una marxista, por ejemplo, se ha *desconstitucionalizado* en lo liberal, y se ha *constitucionalizado* en lo marxista.

En rigor de verdad, actualmente existe un principio de derecho constitucional que opera como recaudo de legitimidad de una constitución y de un derecho constitucional cualquiera: la adopción de las pautas del estado social de derecho. Desde esta perspectiva, un país que adopte hoy una constitución opuesta al mismo, se ha desconstitucionalizado ideológica e ilegítimamente. El estado social de derecho involucra a distintas variantes ideológicas, aunque exige ciertos recaudos indispensables y comunes: democracia, justicia social y respeto por los derechos fundamentales de la persona, entre otros.¹⁹

Por último: ¿es la desconstitucionalización un fenómeno positivo o negativo? Generalmente, la de tipo inconstitucional es un episodio nocivo, como muestra de desorden o falseamiento normativo, o decaimiento de ciertos valores clave.

No obstante, no toda desconstitucionalización es de por sí mala. Veamos algunas alternativas: si un Estado quita —respetando los trámites del caso— rango constitucional a cierto tema (la sede concreta de la capital, por ejemplo) y lo relega a una ley ordinaria (así lo hizo Argentina, con la reforma de 1860: el texto de 1853 indicaba en su art. 3° que la sede de los poderes era la ciudad de Buenos Aires), ello puede ser una opción discrecional para el constituyente, ni buena ni perversa.

En otro orden de ideas, si una regla constitucional notoriamente ilegítima es (felizmente) incumplida y termina derogada por desuetudo, o por una interpretación mutativa por sustracción, ese vaciamiento puede festejarse. Por ejemplo, los arts. 55, 89 y 111 de la constitución argentina demandan para ser senador, presidente, vicepresidente y juez de la Corte Suprema, contar con un ingreso económico significativo (2.000 pesos fuertes de renta), y tal cláusula, de corte oligárquico, bueno es que haya quedado ahora desconstitucionalizada por una experiencia jurídica que prácticamente nunca la aplicó.

11. COLOFÓN

A título de síntesis esbozamos estas proposiciones:

1. El concepto de “desconstitucionalización”, como tanto otros del derecho, ha tenido muchas versiones. No obstante, es posible rastrear ciertos elementos comunes en ellas e intentar algo para su precisión y determinación.

2 Visualizado en este trabajo como el vaciamiento o desmontaje de normas, principios o valores de la constitución, puede afectar uno o varios segmen-

¹⁹ Ello importa concluir que el derecho constitucional actual no es ideológicamente neutro. Nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *Teoría de la constitución*, ob. cit., pág. 107.

tos de ella y realizarse, de modo expreso o tácito, por distintos operadores constitucionales, actuando individualmente o asociados en esa empresa.

3. La desconstitucionalización puede ejecutarse constitucionalmente, mediante reformas o enmiendas practicadas según los dispositivos de la ley suprema, o inconstitucionalmente, a través –principalmente- de prácticas o costumbres *contra constitutionem*, vías de hecho, interpretaciones manipulativas de la ley suprema, o la sanción de normas subconstitucionales opuestas a ésta, pero no declaradas inconstitucionales por los órganos custodios de la supremacía constitucional.

4. La desconstitucionalización inconstitucional es, como regla, un fenómeno axiológicamente desvalioso, pero ocasionalmente no (si produce el vaciamiento de reglas o principios constitucionales notoriamente ilegítimos). La desconstitucionalización operada por vías de reforma constitucional es en principio legítima, pero requiere que el procedimiento seguido y el nuevo escenario normativo sean a su vez legítimos.

5. La desconstitucionalización se consuma definitivamente cuando el intérprete supremo de la constitución la convalida, también de modo expreso o tácito. Tal es la consolidación jurídica de la desconstitucionalización. La sociológica ocurre cuando logra consenso en una comunidad.

3. EL CONSTITUCIONALISMO AUTORITARIO*

(La destrucción del Estado social y democrático de Derecho con constituciones democráticas. El canibalismo constitucional)

Román J. DUQUE CORREDOR**

I

Confieso que la realidad del país, con una Asamblea Nacional Constituyente que elegida el 30 de julio de 2017 y que se instauró cinco días después, sin una previa convocatoria popular y que por ello derogó la Constitución vigente sin que hubiere aprobado algún texto constitucional que lo permitiera y que legisló en materia penal, al promulgar la llamada “Ley del Odio”, y que incluso se sustituyó en la representación legislativa legítima del pueblo; me llevó a revisar en el derecho constitucional comparado lo político en el constitucionalismo, o el constitucionalismo político. Que si bien, los entendidos y doctrinarios en este derecho distinguen como “*constitucionalismo autoritario*” “constitucionalismo abusivo”, por conformar un modo sofisticado de ejercer el poder por élites gobernantes de mentalidad autocrática en Estados de desarrollo democrático precario o deficitario, con fundamento en constituciones democráticas; a mi juicio, a diferencia de ellos, que lo consideran una forma de ejercer el poder; en mi parecer, quizás más realista, considero que también es manifestación de “un canibalismo constitucional”. O, en palabras más descriptivas, que cometen quienes se califican de constituyentitas o de jueces constitucionales y terminan devorando el Estado social y democrático de Derecho que dicen practicar o garantizar. Por tanto, haré algunos comentarios previos sobre “el constitucionalismo autoritario”, para terminar precisando como un ostensible ejemplo de la antropofagia del sistema constitucional por parte de la Asamblea Nacional Constituyente convocada por Nicolás Maduro

* El presente trabajo es el texto ampliado de la Conferencia dictada en la Universidad Monte Ávila el 26 de octubre de 2017.

** Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República de Venezuela. Individuo de Número y Expresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor de la UCV, de la UCAB y de la UMA.

y elegida sectorialmente en un proceso electoral en el que según el Consejo Nacional Electoral participaron supuestamente ocho (8) millones de electores¹, pero que según la firma Smartmatic, que manejó su sistema automatizado de votos y que se encargó de su cómputo, la diferencia entre la cantidad anunciada y la que arrojó el sistema fue la menos de un millón de electores². Es decir, conforme tan contundente dictamen es posible señalar que existió un fraude electoral, que de acuerdo con el artículo 215, ordinal 2, de la Ley Orgánica de Procesos Electorales la elección de la referida Asamblea Constituyente es nula.

II

Encontré en el *“Derecho constitucional crítico y comparado”*, de **Mark Tushnet**, de Harvard Law School, del movimiento norteamericano *“Estudios legales críticos”* (Critical Legal Studies), más allá de lo que llama *“concepción elitista y formalista del derecho constitucional, y en particular de la justicia constitucional”*, que su visión de *“la relación de este derecho y la política, el papel de los tribunales constitucionales en un sistema constitucional y la utilización de estos tribunales para lograr cambios políticos y sociales”*, lo llevo a hablar de *“constitucionalismo popular y populismo constitucional”*, *“constitucionalismo y democracia”*, *“constitucionalismo grueso y constitucionalismo débil”* y *“constitucionalismo autoritario y autoritarismo constitucional”*.

Estuve tentado a tratar de todos estos temas, pero, me decidí por el último, por pensar que era el más cercano a nuestra realidad, y por adentrarme en su estudio, porque encontré toda una teoría sobre un tema al cual no le había dado mayor atención. Pero cuanto se vincula con la Técnica de Interpretación Constitucional, sobre cuyo estudio me he dedicado últimamente, escogí el constitucionalismo autoritario, como tema para este trabajo.

III

En verdad que el constitucionalismo autoritario tratado analíticamente representa una categoría dentro del constitucionalismo. Pero, que requiere precisión conceptual, para entenderlo como una nueva forma de ejercer el poder de manera autoritaria, y, por lo tanto, de la necesidad de una teoría crítica que lo combata. Primeramente, es un modelo normativo intermedio entre el constitucionalismo clásico liberal y el autoritarismo, porque mantiene vínculos con la Teoría general del constitucionalismo. Además, analíticamente con el constitucionalismo autoritario no se pretende calificar un sistema de gobierno en particular, sino una forma sofisticada de ejercer el poder por gobernantes autoritarios en Estados de demo-

¹ CNE: más de 8 millones de venezolanos votaron por la ANC | HISPANTV

² http://www.el-nacional.com/noticias/politica/smartmatic-denuncia-manipulacion-eleccion-constituyente_196658

cracia de baja intensidad. En el índice de Desarrollo Democrático de América Latina (IDD-Lat)³, los países con rango mayor o igual a 0.16, son considerados democráticos y los países con rango menor 0.16, son calificados de autoritarios. En este Índice, en el Informe de 2010, Venezuela, se ubicó dentro de los 12 países que empeoraban su dimensión de derechos humanos y libertades ciudadanas⁴. Y en el Informe para 2016, dentro de los países de la región Venezuela, ocupa el puesto 16º, y concretamente en cuanto a la Dimensión Democrática y en relación con el desarrollo democrático ocupaba el último lugar en América Latina⁵. En este contexto, Constitucionalismo autoritario es una forma de ejercer el poder basada en una Constitución de corte democrático, que en lugar de limitar el poder del Estado y de permitir que poder a las personas sin poder, es utilizada práctica e ideológicamente con fines autoritarios. O lo también otros autores denominan “constitucionalismo abusivo”, en razón de que “envuelve el uso de mecanismos de reforma constitucional (– enmienda constitucional y derogación de la Constitución) para minar la democracia. Y que en cuanto a sus métodos, utiliza de herramientas constitucionales para crear regímenes autoritarios o semiautoritarios lo que se hace cada vez más prevalente cuando no existen controles de la legitimidad de esas herramientas⁶.

Este constitucionalismo autoritario o abusivo, en mi criterio comprende también el abuso de la jurisdicción constitucional por parte de los tribunales constitucionales, que, siendo los últimos intérpretes de la Constitución, en lugar de velar por su supremacía de la Constitución o de impedir que mayorías o poderes autoritarios utilicen mecanismos constitucionales para instaurar tiranías o autocracias. En estos casos, de patología constitucional, en palabras del autor brasileño Gustavo Binebojm, los tribunales constitucionales dejan de ser el último intérprete de la Constitución para constituirse en intérpretes tiránicos de la Constitución, “transformándose en una instancia autoritaria y deslegitimada del poder”⁷. No cabe duda, que un ejemplo de jurisdicción constitucional autoritaria o abusiva lo son las sentencias de la Sala Constitucional, entre otras, la Sentencia No. 0068 de la Sala Constitucional de fecha 5 de junio de 2020, por la que por manipulación del mecanismo procesal de la omisión inconstitucional lo transformó en nulidad por inconstitucionalidad de artículos la Ley Electoral y en un ins-

³ El índice de desarrollo democrático es una elaboración conjunta de la Fundación Konrad Adenauer y Polliat que analiza y mide el comportamiento democrático de los países latinoamericanos.

⁴ [get_file \(kas.de\)](#)

⁵ dd-lat.org/2016/informes/153/dimensin-democracia-de-las-instituciones.html

⁶ David Landau, citado por Flavio Martins en su trabajo “Constitucionalismo abusivo: realidade, perspectivas e propostas para uma possível limitação” (Católica Law Review). (disponible en: <https://revistas.ucp.pt/index.php/catolicallawreview/article/download/9105/8970>)

⁷ Citado en mi libro “CURSO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL TÉCNICA DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL (Sistemática para su estudio), Fundación Alberto Adriani y Proyectos y Asesorías Comunicacionales (PACCA), Colección Jurídica José Román Duque Sánchez, Caracas, junio 2020, Pág. 130.

trumento para usurpar las funciones de la Asamblea Nacional de reserva legal en materia electoral. Y la Sentencia No. 00070 de fecha 12 de junio de 2020, por la que designó, en lugar de dicha Asamblea, los rectores principales y suplentes del Consejo Nacional Electoral (CNE), luego de declarar la supuesta omisión inconstitucional de la Asamblea Nacional por presunto desacato en la designación de los integrantes del máximo ente comicial. Sentencias estas, que, sin duda, reforzaron el control del gobierno de Nicolás Maduro sobre el poder electoral.

IV

De estos conceptos surge que es un absurdo o un contrasentido, el constitucionalismo autoritario o abusivo, porque, por contraste, constitucionalismo es limitar el poder y empoderar a los sin poder. Esta categoría de constitucionalismo se basa, por un lado, en la tensión entre el ejercicio del poder dentro de límites no definidos, la irresponsabilidad de los gobernantes y jueces la forma como éstos violan la Constitución escondidos bajo la Constitución⁸. Y, por el otro lado, el constitucionalismo autoritario es totalmente contrario a la idea del constitucionalismo democrático de Derecho. La tensión, pues, entre el autoritarismo y la existencia de una Constitución democrática y la teoría del constitucionalismo, resulta una perplejidad.

Sin embargo, la doctrina considera que el constitucionalismo autoritario no es una categoría absurda. Por el contrario, sirve para entender y denunciar las inconsistencias entre los derechos, la separación de poderes y los valores democráticos que contiene la Constitución y las debilidades de las funciones de las instituciones democráticas previstas en la Constitución y el discurso interpretativo judicial, que en conjunto construyen un constitucionalismo autoritario. Por ello, con el estudio del constitucionalismo autoritario no se trata de esconder o justificar esas inconsistencias o contradicciones, sino, por el contrario, de entenderlo, desenmascararlo y criticar esta forma de ejercicio del poder. Es decir, el estudio del constitucionalismo autoritario es una herramienta de crítica de prácticas autoritarias encubiertas por una interpretación constitucionalista.

V

En efecto, existen Constituciones de regímenes autoritarios y de regímenes democráticos que no difieren. Difieren en que las Constituciones de regímenes autoritarios contienen pocos derechos y garantías, o menos específicos, y no hay una independencia judicial. Es el *autoritarismo grueso*. Y las Constituciones de nuevos regímenes autoritarios que utilizan los mecanismos e instituciones existentes en regímenes democráticos para encubrir y disimular las prácticas autori-

⁸ Roberto Niembro Ortega, “Mark Tushnet: Why the constitución matters (Anuario iberoamericano de justicia constitucional, Año 2011, Número 15, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=2986744>

tarias (*autoritarismo simulado*). Dentro de esta categoría del constitucionalismo autoritario se distingue el de los llamados “*padres fundadores*”, por ejemplo, las tesis de Carl Schmitt, que planteaba que, para evitar la amenaza a la paz, había que garantizar un Estado homogéneo, y que por un lado promovía la superación de la democracia parlamentaria y, paralelamente, elogiaba la dictadura, es decir, “*la dictadura soberana y la dictadura comisaria*”. A esta tesis se acercan las corrientes de grupos políticos que ganan el poder democráticamente para aprobar Constituciones o leyes que dificultan el pluralismo. O, la forma de gobernar autoritariamente dentro de regímenes democráticos por el discurso interpretativo de la Constitución. En concreto, el constitucionalismo autoritario es la categoría del constitucionalismo que permite entender y criticar la forma en que se ejerce el poder con base en una Constitución democrática en sistemas no estrictamente autoritarios, pero que no pueden considerarse democráticos. Al respecto debe recordarse que por constitucionalismo se entiende como una ideología (liberalismo), una teoría (principios, instituciones y controles), una narrativa (historia de las constituciones), institucionalidad (orden constitucional) e integralidad (ideología, teoría, orden e instituciones) o Neoconstitucionalismo (Comanducci, Guastini, Pouzzolo), que se enfoca en la protección de los derechos fundamentales y en la interpretación de la ley conforme la Constitución. Hay que distinguir, entonces, entre el autoritarismo constitucional y el constitucionalismo autoritario

VI

Debe comenzarse precisando que el constitucionalismo autoritario:

1) Pone énfasis en la manera de gobernar o ejercer el poder por mentalidades autoritarias, en Estados de baja intensidad democrática, en donde la Constitución no limita el poder del Estado, o es utilizada práctica e ideológicamente de manera autoritaria.

2) Pone énfasis en la Constitución y en su interpretación para gobernar autoritariamente, por encima del pluralismo y de sistemas electorales justos, la centralización del poder en la Presidencia, detrimento del Congreso.

3) Sus características comunes son: Existencia de una Constitución con contenido democrático, pero con características como: A) Defensa de un orden determinado. B) Prevalencia del sentido colectivo social o de partido. C) Prevalencia de la imposición en lugar del consenso o del disenso. D) Falta de independencia judicial o subordinación judicial. E) Protección limitada o relativa o excluyente de los derechos humanos. F) Tendencia a un orden jurídico de defensa de la seguridad o contra el enemigo.

Entonces, ¿si estas son las características, es posible hablar de un constitucionalismo autoritario, cuando es contrario a lo que se entiende actualmente por constitucionalismo? La verdad es porque exista Constitución con contenido autoritario o porque exista una ideología interpretativa autoritaria, se puede hablar de constitucionalismo autoritario. Precisamente, esta es la tesis de **Mark Tushnet**.

No se podría hablar de constitucionalismo si existe una Constitución con contenido autoritario, porque no sería constitucionalismo como se le ha entendido. En este caso, se debería hablar de “*autoritarismo constitucional*”. En este, se practica la Constitución sin parámetros que permitan medir si el ejercicio del poder se ajusta al constitucionalismo. En el constitucionalismo autoritario, existe una Constitución con un contenido democrático al cual debería ajustar las prácticas autoritarias del poder. Es decir, la Constitución con contenido democrático es utilizada para legitimar y sostener sistemas y prácticas autoritarias. O, la forma de ejercer el poder de forma autoritaria, apoyado en una Constitución democrática, pero que no se cumple, por lo que es un constitucionalismo débil.

Por otra parte, en verdad el constitucionalismo autoritario no aparece vinculado a una ideología autoritaria, porque los gobernantes se definen demócratas, pero utilizan la Constitución y sus interpretaciones judiciales con fines autoritarios, y sus prácticas de gobierno, entonces, desde este punto de vista se podría afirmar que el constitucionalismo autoritario se debe a una ideología autoritaria. Donde más se hace énfasis en el constitucionalismo autoritario es en su discurso interpretativo. O, más propiamente en ver la Constitución como un discurso del poder y no solo como un instrumento del poder. Recuérdese que la Constitución es un pacto o consenso escrito, sobre el cual los gobernantes pueden establecer un discurso interpretativo o hablado. Es decir, echan mano del Estado de Derecho, del respeto de los derechos humanos, de la democracia, de la separación de poderes, por ejemplo, lo que da la idea de constitucionalismo, pero por sus prácticas los gobernantes no tienen en cuenta la Constitución como limitación del poder. El discurso constitucionalista y la interpretación constitucional se utiliza para estabilizar o generar una creencia de legitimidad del autoritarismo, sobre todo cuando se tiene la opinión de que la Constitución no se respeta y que la proclamación del contenido democrático constitucional es superflua.

Incluso, el constitucionalismo autoritario impulsa reformas constitucionales o constituyentes con expectativas de reconocer u otorgar más derechos, por ejemplo, en las últimas décadas en Latinoamérica, pero sin modificar la estructura vertical y central del poder, o, sin procedimientos democráticos, o sin participación popular: y si se han llevado a cabo mediante estos procedimientos, en las leyes o en la práctica no se respetan. Estas reformas o modificaciones, o el reconocimiento de derechos humanos, la separación de poderes y algunas formas de participación popular, crean la apariencia de que se vive en un Estado constitucional; pero el poder no está limitado y tampoco controlado jurisdiccionalmente. O, las mismas instituciones constitucionales obstruyen cambios sustanciales manipulando reglas electorales o captando grupos populares. O, consagran valores contra la corrupción y la irresponsabilidad política, o las desigualdades, que en la práctica las instituciones simulan defender pero que generan impunidad y exclusiones o discriminaciones y que hacen inefectivos los controles constitucionales. O apelar a elecciones periódicas sin igualdad y con ventajismo, aunque la Constitución establezca reglas de imparcialidad y transparencia electorales. O, justificar reformas constitucionales alegando que la causa de los males es la Constitución y en

la práctica se subvierte a través de leyes o de prácticas autoritarias o de decisiones de tribunales subordinados al poder. Por todas las características expuestas, Roberto Niembro Ortega, considera que el constitucionalismo autoritario es una fachada de ideologías autoritarias, que se refleja en cómo se ejerce el poder bajo el manto constitucional y de un discurso interpretativo constitucional, inclusive judicial. Si se mide con los parámetros expuestos la institucionalidad constitucional existe en Venezuela, se concluye que constituye un claro ejemplo de constitucionalismo autoritario y abusivo.

VII

La doctrina comparada concluye que más que la conceptualización del constitucionalismo autoritario, se debe señalar una línea crítica para denunciar las prácticas autoritarias explícitas de violación de derechos humanos y antidemocráticas y sus prácticas subliminales, que son más perniciosas, como el discurso interpretativo judicial. Piero Calamandrei frente al rasgo común del derecho soviético, nazista y mussoliniano, hablaba del “rechazo del sistema normativo de los totalitarismos”. Y Mark Tushnet ante el constitucionalismo autoritario, plantea la teoría crítica del constitucionalismo autoritario para desenmascarar su constitucionalismo. La crítica debe enfocarse, entonces, en distinguir entre el contenido del constitucionalismo y las funciones que cumple el discurso constitucionalista en el constitucionalismo autoritario. Es decir, como opera el constitucionalismo autoritario. Según el historiador británico **Edward Palmer Thompson**, tal crítica en “*exponer la farsa que se esconde detrás del discurso constitucionalista*” a través de:

1. Incorporar derechos sin cambiar la distribución y concentración del poder
2. Interpretar la separación de poderes como colaboracionismo con el poder.
3. Prever mecanismos de participación o electorales que en la práctica o a través de las leyes son obstruidos o controlados.
4. Señalar las condiciones que impiden el Estado constitucional, como vaciar de contenido las reformas o instituciones democráticas para controlar el poder.
5. Señalar los intereses particulares que son presentados como de interés general a través de reformas e interpretaciones constitucionales.
6. Denunciar el uso del discurso interpretativo legal y judicial para tratar de legitimar el autoritarismo.
7. Señalar cómo las instituciones que teóricamente sirven para limitar el poder no cumplen ese cometido.

Por mi parte, concluyo que el constitucionalismo autoritario les sirve la mesa a las ideologías autoritarias, y, en el caso de Venezuela, a los antropófagos constitucionales. Los meseros en este caso ha sido los magistrados de la Sala Constitucional, que en base a sus torticeras interpretaciones de una Constitución

democrática, contribuyeron al desmantelamiento del constitucionalismo del Estado social y democrático de Derecho y permitieron lo que me he permitido denominar “canibalismo constitucional”, o, “constitucionalismo antropográfico” por parte de una Asamblea Nacional Constituyente fruto de una usurpación del poder constituyente originario y de un fraude electoral. Trataré, ahora de explicar, con el funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente convocada por Nicolás Maduro de lo que vendría a ser “canibalismo constitucional” o “antropofagia constitucional”. Es decir, como las interpretaciones pro dictatoriales o de constitucionalismo autoritario de la Sala Constitucional han permitido que la Asamblea Nacional Constituyente madurista termine devorando el constitucionalismo democrático de la Constitución de 1999.

VIII

Baste señalar, como muestra patente del constitucionalismo autoritario, la sentencia de la Sala Constitucional N° 378, de fecha 31 de mayo de 2017, según la cual aunque el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario, conforme los artículos 347 y 348 del Texto Constitucional, sin embargo, un poder constituido, como lo es el Presidente de la República en Consejo de Ministros, puede convocarla directamente, sin que constitucionalmente se requiera un referéndum consultivo previo para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, porque, según la indicada Sala, éste actúa en ejercicio de la soberanía popular y que la única excepción de iniciativa popular de convocatoria es la del 15% de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral. Asimismo, otra muestra de tal constitucionalismo autoritario, lo es la sentencia N° 455 de 12 de junio de 2017 por la que declaró la constitucionalidad del Decreto Presidencial N° 2.878, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N°41.156 del 23 de mayo de 2017, de fijación de las bases comiciales para la elección de la Asamblea Nacional Constituyente, por cuanto consideró que las “Bases Comiciales” establecidas en dicho decreto respetan el concepto de la democracia participativa y el sufragio universal, directo y secreto, no obstante que la escogencia de los constituyentes se dispuso hacer en el ámbito territorial y sectorial, y no mediante el registro nacional de electores⁹. Estas sentencias de la Sala Constitucional, para no citar otras más anteriores, son evidencias del constitucionalismo autoritario, que ha servido en Venezuela, para que el Ejecu-

⁹ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia legítimo, en sentencia de fecha 25 de octubre de 2017, declaró Nulos los Decretos del Ejecutivo Nacional N° 2.830 y 2.831 del 1 de mayo de 2017, mediante los cuales se convoca a un proceso nacional constituyente y crea una comisión presidencial dirigida a elaborar una propuesta de las bases comiciales; así como también son Nulas las Resoluciones del Consejo Nacional Electoral N° 170607-118 y N° 170607-119 del 7 de junio de 2017, que procedió a sentar las bases comiciales y organiza el proceso que termina en la elección de los constituyentitas, y en consecuencia la ineficacia de la Asamblea Nacional Constituyente y de todos los actos dictados por ella, por haber ocurrido un fraude constitucional.

tivo Nacional, ejerza su poder arbitraria e ilimitadamente, como, por ejemplo, la sentencia N° 156, del 29 de marzo del 2017, por la que se despojó a la Asamblea Nacional de sus funciones, o la sentencia N° 454, del 12 de junio de este mismo año, que consideró inadmisibles las demandas de nulidad de la designación de los llamados magistrados exprés, supuestamente por la existencia de cosa juzgada, y, las famosas sentencias 155 y 156, de 28 y 29 de marzo, respectivamente ambas de este año de 2017, por las que se cercenaron facultades constitucionales de la Asamblea Nacional, que, incluso fueron asumidas directamente por la nombrada Sala y que además eliminó las inmunidades parlamentarias; y, que dicha Sala reformó, a petición del Ejecutivo Nacional, mediante Autos de fechas 1° de abril de 2017, pero si desdecirse de los relativo a la pérdida de la inmunidad parlamentaria por supuesto desacato a las sentencias de la mentada Sala¹⁰.

Pues bien, la Asamblea Nacional Constituyente convocada ilegítimamente por Nicolás Maduro, procedió como un poder dictatorial, en base al Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, asumiendo la casi totalidad de las funciones de los poderes públicos, fundamentalmente de la Asamblea Nacional, dictando “leyes constitucionales” (Sic), entre otros actos que exceden los límites de un poder constituyente democrático, al igual que sustituyendo a los consejos legislativos estatales al imponer a los gobernadores electos un juramento ante dicha Asamblea, que ciertamente no representa al electorado que eligió a dichos gobernadores. Asimismo, más allá de su función de elaborar una nueva Constitución, esta Asamblea, atribuyéndose un carácter originario y una función supraconstitucional, aunque no fue convocada por el pueblo, dictó actos como los de la creación de una Comisión de la Verdad; estableció la subordinación de los Poderes Públicos; nombró altos funcionarios del Estado, como el Fiscal General de la República; usurpó la función legislativa de la Asamblea Nacional al dictar una “Ley Constitucional que crea la Comisión para la Verdad, la Justicia, la Paz y la Tranquilidad Pública”, y usurpó la función electoral del CNE, al “reprogramar” las elecciones a Gobernadores. Y, Nicolás Maduro, acudió a esta Asamblea para presentar ocho proyectos de Ley en materia económica, como si esta tuviera función legislativa para sancionarlas.

Consideró que esta forma de ejercer un supuesto poder constituyente originario y supraconstitucional, por parte de quienes se dicen constituyentes, terminó por devorar el sistema democrático previsto en nuestra Constitución vigente, de 1999, y, por supuesto, la forma jurídica política del Estado social y democrático de Derecho y de Justicia diseñando para nuestra República. Para ello, me referiré a cómo la susodicha Asamblea Nacional Constituyente madurista destruyó las bases del poder constituyente y del constitucionalismo democráticos.

¹⁰ El abogado José Vicente Haro enumeró once (11) sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, que son ostensiblemente muestras de constitucionalismo autoritario (<http://noticierodigital.com/forum/viewtopic.php?t=26423>).

Vale la pena recordar, que poder constituyente es el poder que tiene la atribución de establecer la norma fundamental del ordenamiento jurídico dando origen a un Estado y a su sistema político y, posteriormente, de decidir sobre su derogación. Este poder es ejercido para constituir o fundar un nuevo Estado y así derogar la Constitución vigente. Por eso se le denomina poder constituyente primario. Su titular es el pueblo, entendido como “todos los ciudadanos y ciudadanas” (Sala Constitucional, Sentencia del 22-01.2003), que ejerce a través de asambleas constituyentes, elegidas en su representación, mediante elecciones libres, universales, directas y secretas (arts. 5, 39, 40, 62, 347 y 350, constitucionales). De manera, que el poder constituyente primario es el poder que tiene el pueblo para transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución (Art. 347, constitucional). Por tanto, es la voluntad originaria, soberana, suprema y directa que tiene el pueblo para constituir un Estado dándole una personalidad al mismo y su organización jurídica y política, conforme los valores superiores que la sociedad ha consensuado. Por otra parte, para el ejercicio de este poder se requiere un procedimiento diferente al de las leyes o al de cualquier acto de otro poder, porque su titular es el pueblo o nación y no un órgano del poder público. De manera que si es un poder originario y único no puede encontrar fundamento fuera de la voluntad del pueblo. En consecuencia, su definición como poder primario le viene dada por su legitimidad, por lo que mientras se trate en verdad de este poder no posee más límites formales o materiales que los establecidas por el propio poder primario al regular su formación y funcionamiento en la Constitución que se pretende sustituir.

Ahora bien, como se dijo, su titular es el pueblo, entendido como “todos los ciudadanos y ciudadanas” que ejerce a través de asambleas constituyentes, pero convocadas y elegidas libremente. Por ello El poder constituyente primario es el poder de la sociedad para establecer su organización política-jurídica y de revisar la misma cuando así lo decida soberanamente, porque su modificación significa una revisión de los principios que la sociedad acogió consensuadamente. Por eso, su convocatoria solo corresponde al pueblo mismo y no a los poderes constituidos (Art. 347, constitucional). Ese poder es de la sociedad comprende el de reformar las bases constitucionales de esa organización política, cuando así lo decida soberanamente, porque su modificación significa una revisión de los principios que esa sociedad acogió consensuadamente. Quede claro, por otro lado, que el poder constituyente primario no es el soberano, sino que su titular es el soberano, es decir, el pueblo (Arts. 5° y 347, de la Constitución). Soberano no es la asamblea constituyente constituida, sino el pueblo quien tiene la capacidad de constituirlo. Por tanto, si bien la asamblea constituyente no tiene limitaciones para su funcionamiento, el soberano si puede establecerle límites a su poder primario de reformar o derogar la Constitución mediante principios, garantías y derechos inderogables, así como procedimientos para su convocatoria y funcionamiento. Por ejemplo, el soberano ejerce la titularidad de ese poder originario al convocar la constituyente y al establecerle límites en las Bases Comiciales del respeto a la soberanía popular, a los principios y valores republicanos, el cumpli-

miento de tratados internacionales, la progresividad de los derechos humanos y de las garantías democráticas, como lo fue la Base Octava de la convocatoria de la asamblea constituyente de 1999. Y, asimismo, el soberano los estableció en la Constitución vigente en su artículo 350 para las futuras asambleas constituyentes primarias.

Desde otro orden de ideas, el poder constituyente originario es el que aparece primigeniamente y le da origen al ordenamiento político, que crea la primera Constitución de un Estado o el que lo transforma o refunde. Y una vez cumplida su labor desaparece; pero como la consolidación de un Estado requiere continuidad, el poder constituyente primario prevé un órgano para que se encargue de la reforma de la Constitución, conforme al procedimiento que establezca al efecto. A este órgano se le denomina poder constituyente derivado, pero del cual sigue siendo titular el pueblo. Por sus características, la asamblea constituyente de 1998, jurisprudencialmente se le dio carácter originario y no derivado, porque la Constitución de 1961, no previa tal asamblea, por lo que la asamblea constituyente que se contempló después en la Constitución de 1999, en los artículos 347 y 348, en concordancia con sus artículos 333 y 350, es un poder constituyente derivado y no originario. A pesar de su carácter originario, sin embargo, la Base Octava Comicial del proceso constituyente de 1998, estableció límites materiales a ese poder originario, como ya dije de respeto a soberanía popular, a los principios y valores republicanos, al cumplimiento de tratados internacionales, a la progresividad de los derechos humanos y garantías democráticas. Por su parte, la Sala Constitucional, en sus sentencias del 22.01.2003 y 07.08.2006 señaló que el artículo 350 estableció límites generales a las asambleas constituyentes posteriores a la de 1999. La característica, pues, del poder constituyente derivado es la de un poder que coexiste con los otros poderes, y cuya creación se atribuyó al pueblo como soberano y no a estos poderes, y, además, y al que se le establecieron límites formales y materiales para su formación y funcionamiento, como se desprende de los artículos 347 a 350 de la Constitución. Además, el poder constituyente originario de 1999 estableció procedimientos de reforma constitucional sin la característica de una asamblea constituyente, como los de enmienda y reforma, pero sujetos a la aprobación del pueblo. Estos son los poderes constituyentes delegados, porque surgen de la iniciativa de un grupo de electores o de los otros poderes, pero el pueblo conserva la titularidad del poder constituyente al sujetar las enmiendas o reformas a su aprobación mediante referendos y al reservarse el derecho de convocar la Asamblea Nacional Constituyente para derogar y promulgar una nueva Constitución.

Los poderes constituidos son expresión de la voluntad del Poder Constituyente primario para la organización política de la sociedad. Por ello, se les denomina esos poderes constituidos, por lo que están limitados y regulados por la voluntad del poder constituyente, respecto de las reformas o enmiendas constitucionales y de la convocatoria de procesos constituyentes. Por ello, solo un poder constituyente primario puede decidir la reestructuración el Estado, y, por ende, la de los poderes constituidos, Por ejemplo, el poder constituyente de 1999 creó el

poder ciudadano y el poder electoral. El poder constituyente primario es ilimitado en cuanto es la expresión de una potestad suprema del poder público que es la soberanía popular. Por el contrario, el poder constituyente derivado es una creación del poder constituyente primario, después de fundado el Estado y su estructuración es establecida en la norma fundamental, por lo que, por su propia naturaleza de derivado, es limitado, aún en el caso de reforma total de la Constitución. Como poder constituyente derivado solo tiene capacidad para la reforma constitucional, pero no para derogar la Constitución, porque ello incumbe al poder constituyente originario, no al derivado. Por eso, cuando el poder constituido viola el principio de limitación del poder de revisión o de reforma, para elaborar una nueva Constitución, realiza un “fraude a la Constitución”. Estos fraudes fueron prácticas utilizada por los gobiernos fascistas en Italia y nazista en Alemania, que trasformaron estados constitucionales en regímenes radicalmente distintos, bajo apariencia de reformas constitucionales dictadas por supuestos poderes constituyentes originarios. Lo importante, es que después de promulgada una Constitución, el poder constituyente que esta prevé se trata de un órgano creado por la Constitución, por lo que no puede ejercer un poder ilimitado, porque ello corresponde al pueblo soberano y este puede imponerle límites formales y materiales. Por ser un órgano de revisión o reforma constitucional, establecido por la propia Constitución, su validez la fija su legitimidad de origen. Y por ser un órgano derivado, su poder de revisión y de reforma constitucional, están impuestas por el régimen político establecido en la Constitución. Por otra parte, en el derecho constitucional moderno, propiamente democrático, el orden jurídico universal impone el respeto a la progresividad de los derechos humanos, en virtud de su progresividad e inalienabilidad. En el orden de ideas expuesto, el poder constituyente originario de 1999 estableció límites materiales a las asambleas constituyentes futuras en el artículo 350 constitucional.

CONCLUSIÓN

Lo explicado pretende demostrar como en materia del derecho constitucional, el constitucionalismo autoritario y el fraude a la Constitución, fundamentalmente y las interpretaciones judiciales favorables a mentalidades o ideologías autoritarias, se convierten en un canibalismo o antropofagia constitucional, porque el sistema de constituciones democráticas termina siendo comido o devorado por la propia jurisdicción constitucional o por asambleas constituyentes ilegítimas. En consecuencia, conforme el constitucionalismo autoritario o abusivo una Constitución elaborada por una asamblea constituyente ilegítima rige por la fuerza y no jurídicamente y constituye un Estado de Derecho aparente o falso, por lo que por su ilegitimidad carece de juridicidad y, por lo tanto, no obliga. Y, en ese orden de ideas, los artículos 25 y 138 constitucionales consagran la resistencia pasiva frente a los actos violatorios de los derechos y garantías constitucionales. Por su parte, el artículo 350 constitucional reconoce el derecho natural a la resistencia pasiva y activa contra cualquier régimen, legislación o autoridad que contrarie los

valores, principios y garantías democráticas y menoscabe los derechos humanos. Y el artículo 333 constitucional permite que en un cambio político mediante un decreto o un acuerdo legislativo o político se declaren vigente la Constitución de 1999 en lugar de la aprobada por la asamblea constitucional ilegítima.

a. Me preguntaran, ¿y ahora qué hacemos? Por mi parte, al igual que Piero Calamandrei, en su conferencia en Florencia, del 27 de enero de 1940, en pleno fascismo, cuando terminaba su conferencia sobre la Justicia, y se le interrogaba que debía hacerse ante la ilegalidad reinante y la arbitrariedad, decía: “para retomar el camino hacia la justicia, hace falta reconstruir antes el instrumento de la legalidad y de la libertad”. ¿Somos los precursores del porvenir, o los conservadores de un pasado en disolución? Y ¿qué hacer?, TENER FE EN EL DERECHO

4. DESCONSTITUCIONALIZACIÓN, DESDEMOCRATIZACIÓN Y DESLEGALIZACIÓN EN VENEZUELA DESDE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Rafael BADELL MADRID*

1. INTRODUCCIÓN

Desde la Sala Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) se ha desconstitucionalizado, desdemocratizado y deslegalizado el Estado de Derecho en Venezuela a partir de 1999. La expresión “desconstitucionalización del Estado” ha sido acuñada por la doctrina para definir el vaciamiento o desmontaje de normas, principios o valores de la Constitución, y que puede ser realizada de forma expresa o tácita por los distintos operadores constitucionales, a través de “prácticas o costumbres *contra constitutionem*, vías de hecho, interpretaciones manipulativas de la ley suprema, o la sanción de normas subconstitucionales opuestas a ésta pero no declaradas inconstitucionales por los órganos custodios de la supremacía constitucional”¹.

Desde la SC se ha desconstitucionalizado el estado venezolano, en primer lugar, a través de sentencias que han violado el principio de separación de poderes, mediante:

- La obstaculización de las funciones constitucionales de la Asamblea Nacional (AN), mediante el uso desviado de la figura del desacato declarado con la sola finalidad de impedir el funcionamiento de la institución parlamentaria.
- El desconocimiento de las potestades legislativas de la AN.
- El desconocimiento de las facultades de control político de la AN.

* Profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

¹ Néstor Pedro Sagüés, “El concepto de desconstitucionalización”, en *Revista de Derecho* número 2, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2007. p. 195

- La aprobación de los estados de excepción inconstitucionalmente decretados por el Presidente de la República sin la autorización de la AN, y sus prórrogas no aprobadas por la Asamblea como exige la Constitución, y reeditados de forma continua para eludir el límite temporal previsto en la Constitución.
- La usurpación de funciones legislativas de la AN.
- La violación de la inmunidad parlamentaria de los diputados a la AN, entre otras.

Así también, la SC ha desconstitucionalizado el estado a partir de la violación de los derechos y garantías constitucionales mediante la interpretación regresiva y contraria de los derechos sociales, civiles, económicos y políticos.

Muchas de las sentencias de la SC han tenido como consecuencia la deslegalización del ordenamiento jurídico venezolano, es decir, la degradación de la regulación de la materia que debe ser regida mediante la ley como norma soberana, superior a cualquier otra por ser dictada por el órgano con la mayor representación de la voluntad del pueblo, al ámbito sublegal del reglamento, de resoluciones y demás actos administrativos, desconstitucionalizando de esta forma el principio de legalidad, propio de todo estado de derecho.

La SC ha delegado la regulación de materias que la Constitución ha confiado única y exclusivamente al legislador, a los órganos de la administración desprovistos de toda legitimidad democrática para dictar normas con rango de ley, desconociendo de esta forma la garantía de la reserva legal.

La SC ha querido hacernos creer que es lo mismo una ley dictada por la AN, que unas normas dictadas por el Presidente de la República en ejercicio inconstitucional de los estados de excepción, inconstitucionalmente decretados, sin la autorización de la AN y reeditados de forma continua. La SC ha querido hacernos creer que es lo mismo una ley dictada por la AN, que unas normas dictadas por el Consejo Nacional Electoral (CNE) en virtud de una delegación por ella efectuada.

Además de la desconstitucionalización y deslegalización del Estado, la SC también ha contribuido a la desdemocratización del Estado; es decir, al deterioro, reducción y supresión del contenido democrático del sistema político nacional. En efecto, un gran número de las sentencias de la SC tienen la finalidad de distorsionar, alterar y en algunos casos hasta eliminar los rasgos básicos y fundamentales del Estado democrático, tales como, el principio de separación de poderes, el principio de representatividad y participación política, el principio de alternabilidad democrática, entre otros.

De esta forma, en el propósito de falsear las instituciones democráticas y disminuir su esencia o importancia con el fin de desdemocratizar el Estado, la SC ha usurpado la facultad de la AN de nombrar altos funcionarios, tales como el Fiscal General de la República y los rectores del CNE, que de conformidad

con la Constitución solo pueden ser electos por el órgano parlamentario en representación del pueblo a través de las llamadas elecciones de segundo grado; ha consentido la convocatoria y posterior instalación de una Asamblea Nacional Constituyente (ANC), sin el consentimiento del pueblo venezolano, único titular de la soberanía y por ende del poder constituyente, consagrados en los artículos 5 y 347 de la Constitución; e inclusive ha intervenido los principales partidos políticos de la oposición del país.

En todo esto radica la labor de desdibujar y falsear la Constitución, la democracia y el Estado de Derecho. La SC ha querido que pensemos que es lo mismo el nombramiento de los miembros del CNE efectuado por la AN, por mandato de la Constitución con la mayoría de las dos terceras partes (2/3) de sus miembros mediante un procedimiento y con deliberación, que el nombramiento hecho por ella, en total violación a la Constitución.

La SC falsea las instituciones democráticas y nos quiere hacer pensar que es lo mismo decidir un caso sin sustanciarlo, que cumpliendo el proceso establecido respetando el derecho a la defensa; que es lo mismo una sentencia cautelar que una sentencia definitiva; que es válido, en definitiva, un proceso electoral sin ninguna garantía democrática. Esto es lo que denominamos “la plasticidad de la norma”, no importa su jerarquía, la SC las adapta como un muñeco de cera a los intereses políticos.

La labor del falseamiento de la Constitución y de la consecuente desconstitucionalización, desdemocratización y deslegalización en Venezuela ha ocurrido desde la instalación de la SC a final del mes de diciembre del 1999, pero de manera más evidente desde diciembre del 2016 cuando la AN pasó a tener mayoría de la oposición. La SC ha contribuido al desconocimiento de las disposiciones, principios y valores constitucionales a través de sentencias que permitieron, convalidaron o produjeron situaciones de completa anomalía institucional.

2. DESCONSTITUCIONALIZACIÓN

La desconstitucionalización desde la SC se ha producido, en primer lugar, por el desconocimiento y consecuente violación de uno de los principios y valores fundamentales del Estado de Derecho, el principio de separación de poderes, a través de sentencias que desconocen, niegan o usurpan las potestades propias de los demás órganos del poder público, en especial del poder legislativo nacional. Pero además, la desconstitucionalización del Estado se ha producido a partir de decisiones de la SC que han interpretado los derechos y garantías constitucionales de forma contraria a la Constitución y las Convenciones internacionales.

2.1. *Desconstitucionalización del principio de separación de poderes*

El principio de separación de poderes en el Estado Constitucional de Derecho no consiste sólo en la repartición de las funciones, ni es sólo una manera de separación orgánica de quienes están llamados a cumplirlas, es, en verdad, la base

fundamental de la interdicción de la arbitrariedad y la garantía necesaria de la libertad como valor fundamental del hombre. Por eso consideramos que hoy ese principio no es una modalidad de la organización del ejercicio del poder público, sino un derecho fundamental de los individuos, en la consideración de que sin separación de poderes no habría garantía del respeto de los derechos y libertades.

El principio de separación orgánica de los poderes -en el sentido de interdicción de la acumulación de poderes en un solo órgano- es presupuesto para el mantenimiento del Estado de Derecho y de la democracia efectiva. Su fin último es evitar la concentración de poder y el absolutismo, en tanto elementos perturbadores de las libertades y derechos del ciudadano.² No se entiende el Estado de Derecho sin que esté contemplada en la Constitución la división del poder, unida al principio de legalidad y responsabilidad del Estado como presupuestos de la actuación estatal.³

El principio de separación de poderes supone no sólo la actuación judicial independiente y autónoma del juez constitucional, también es límite de la decisión fundada, basada en derecho y sin invadir y mucho menos anular las competencias propias de otro órgano del poder público, ni siquiera aquél sujeto al control de la constitucionalidad de sus actos, todo ello en resguardo del Estado de Derecho.

Ahora bien, desde su instalación en 1999, la SC ha violado este principio de separación de poderes consagrado en el artículo 136 de la Constitución, pero con más vehemencia a partir de la elección e instalación de la AN con mayoría opositora en enero del año 2016.

2.1.1. Planteamiento (dictadura judicial 2015-2020)

Desde 1999, el poder ejecutivo ha utilizado al poder judicial para debilitar el principio de separación de poderes y desarrollar su proyecto autocrático y totalitario. En efecto, Hugo Chávez entendió que un poder judicial imparcial e independiente, con jueces comprometidos con la misión de hacer respetar la Constitución y la leyes y someter el ejercicio del poder a derecho, significaría un obstáculo insalvable para concentrar y mantenerse en el poder, por lo cual tomó el control del poder judicial a través de la designación de jueces militantes políticos

Tengamos en cuenta que la revolución bolivariana es una ideología que se caracteriza por *“la subordinación del derecho a la política y la ideologización de la actividad judicial”*.⁴ Como consecuencia hay una fuerte intervención e influencia política en los órganos del poder público, en especial en la rama judicial.

² Rafael Badell Madrid, “El principio de separación de poderes”, en Allan Brewer-Carías y José Araujo-Juárez (coords.), *Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos Actuales*. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999. Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2020. Pp. 183-208.

³ Javier García Roca, “Del principio de la división de poderes”, en *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, número 108. Abril-Junio 2000. Madrid, 2000. p. 42

⁴ Francisco Delgado, *Chavismo y Derecho*, Editorial Galipán, primera edición, Caracas, 2017. p. 18.

De esta forma, el juez que es, conforme a la Constitución, el garante del Estado de Derecho, y a quien corresponde defender la supremacía de la Constitución, ha sido el instrumento de facilitación de la actuación totalitaria del Gobierno. Se estableció una “...*dictadura judicial con centro en la jurisdicción constitucional –al servicio del partido de gobierno, claro está– la cual, a partir del ejercicio del control constitucional sobre todos los poderes públicos y sobre la conducta de los ciudadanos y el apoyo de los demás poderes constitucionales subordinados al Ejecutivo, ha concentrado una masa de competencias y prerrogativas nunca vistas en la historia nacional*”.⁵

Desde el TSJ, y en especial desde su SC, se ha contribuido también a la supresión, y en algunos casos la usurpación, de las facultades constitucionales de la AN. La dictadura judicial instaurada por el TSJ, desde diciembre de 1999, si bien ha demostrado su sujeción al gobierno y a las instancias que políticamente lo sostienen, ha actuado con mayor fuerza, descaro y despropósito desde diciembre de 2015, cuando ocurrió el triunfo de la oposición democrática, en la elección para la nueva conformación de la AN.

A partir del 16 de diciembre del año 2015, el gobierno pasó de tener el control absoluto del órgano legislativo nacional a una muy poca representación. Dentro del estado democrático y de derecho lo razonable habría sido que, después de 15 años de control absoluto de todos los poderes públicos, el gobierno hubiera propiciado la cohabitación política,⁶ lo que habría permitido la correcta separación de poderes y el adecuado ejercicio de las funciones constitucionalmente atribuidas a cada uno de los poderes públicos (Ejecutivo y Legislativo).⁷

Sin embargo, y esa fue la función de la SC, se escogió la vía de desconocer la voluntad popular y pocos días después de las elecciones del 6 de diciembre de 2015, comenzó una nueva etapa de la dictadura caracterizada por la utiliza-

⁵ Gabriel Ruan Santos, “El secuestro del Tribunal Supremo de Justicia”, ponencia dictada en el I Encuentro Iberoamericano de Academias de Ciencias Morales, Políticas y Económicas, convocado por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid, realizado durante los días 16, 17 y 18 de octubre de 2017, bajo el título general “Democracia, Educación y Estado de Bienestar. Aporías y Alternativas Tras la Crisis, en la Doble Perspectiva Íbero-Americana”. Publicado en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 156, enero-diciembre 2017, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2017. Disponible en: www.acienpol.org.ve

⁶ La “cohabitación política”, según explica José Amando Mejía, “*es una delicada y complicada situación constitucional, típica de los sistemas presidenciales con una separación rígida de poderes, que, como lo ha señalado la doctrina y la experiencia internacional es muy difícil de manejar y requiere, por lo tanto, la presencia de hombres con envergadura política, experiencia en el manejo de los asuntos públicos, capaces profesionalmente y respetuosos del Estado de derecho, que actúen con lucidez institucional y realidad democrática*”. Vid. José A. Mejía Betancourt, “El reconocimiento internacional del Tribunal Supremo de Justicia en el exilio”. Caracas, 2018. Consultado en original.

⁷ Y que de haberse respetado, hubiera podido constituir el comienzo, dentro del Estado de derecho, de una transición política ordenada, ya que, el pueblo había decidido que se compartiera el ejercicio del poder político en Venezuela entre el gobierno y la oposición democrática. José A. Mejía Betancourt, Ob. Cit.

ción sistemática del TSJ “*como instrumento primordial para intentar una falsa consolidación institucional, crear una engañosa y aparente fachada jurídica y violar abierta y sistemáticamente la Constitución haciéndole perder su efectiva vigencia*”.⁸

La SC ha pretendido impedir la función de la AN, justo desde el momento en que este órgano del poder público, representante de la voluntad popular, fue electo en el año 2015 reflejando una mayoría opositora al régimen. La lucha política contra la AN con mayoría opositora, pasó a protagonizarla la SC a través de decisiones políticas y contrarias a la Constitución, que han tenido como fin último limitar, cercenar y suprimir las facultades constitucionales⁹ de la AN.

Esta “*...demolición institucional del Parlamento, por obra de la colusión del Poder Ejecutivo Nacional y el Tribunal Supremo de Justicia, ha tenido múltiples vías o manifestaciones: la declaración de desacato permanente de la Asamblea Nacional, el bloqueo total de la potestad legislativa de la Asamblea Nacional, el socavamiento de las facultades constitucionales de control e investigación del órgano parlamentario, el asedio económico, el desconocimiento de la inmunidad de los diputados y de la inviolabilidad de la sede del Poder Legislativo*”.¹⁰

En efecto, desde el desconocimiento de los parlamentarios elegidos por el Estado Amazonas, por parte de la Sala Electoral del TSJ a través de unas medidas cautelares establecidas en sentencia del 30 diciembre de 2015 que ordenó -con el fin de evitar que la oposición tuviera mayoría calificada-¹¹ la suspensión “*provisional*” de la proclamación hecha por el CNE de los candidatos electos en el estado Amazonas para la AN, el poder judicial se ha encargado de disminuir la actuación de la AN.

2.1.2. *De la inconstitucional declaratoria del desacato de la Asamblea Nacional*

Uno de los principales instrumentos que ha utilizado la SC para privar a la AN del ejercicio de sus facultades constitucionales es la tesis del “*desacato*”. En efecto, esta figura ha sido creada y utilizada, siempre con fines políticos, en muchas ocasiones por la SC con el objetivo único de desconocer las funciones legislativas y de control de la AN, a partir de la nueva conformación de dicho órgano legislativo con mayoría opositora como consecuencia de las elecciones parlamentarias del 06 de diciembre de 2015¹².

⁸ José A. Mejía Betancourt, Ob. Cit.

⁹ vid. Gabriel Ruan Santos “El secuestro del Tribunal Supremo de Justicia”. Ob. cit.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ En las elecciones de la AN para el periodo 2016-2021, la coalición de oposición Mesa de la Unidad Democrática (MUD) obtuvo un total de 112 diputados, de un total de 167, equivalentes a las dos terceras partes de esa Asamblea. Cabe destacar, con esa mayoría calificada, la fracción parlamentaria de la MUD podía ejercer todas las funciones constitucionales de la AN.

¹² Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales con relación a las sentencias de la SC del Tribunal Supremo de Justicia que designó a los integrantes del Consejo Nacional

La SC, fundamentada en el uso de la expresión “desacato” ha creado una categoría especial de sanción contra la AN, totalmente inconstitucional, indeterminada, indefinida e ilimitada en el tiempo. Se trata de una aberración jurídica, error grave inexcusable, que pretende justificar la paralización del órgano que representa la soberanía popular y que tiene la función de legislar y controlar el ejercicio de la actividad administrativa.

El desacato a las sentencias de amparo constitucional está contemplado en nuestro ordenamiento jurídico como una potestad sancionatoria que ejerce el juez penal ante el incumplimiento de las decisiones de amparo constitucional, establecida en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales¹³, y que tiene por castigo prisión de seis (6) a quince (15) meses. El desacato consiste de esta forma en un ilícito penal que debe ser investigado por el Ministerio Público y sustanciado y decidido por los tribunales con competencia penal. La pena de este delito, consistente en prisión es personalísima, lo que implica la imposibilidad de que sea imputada y ejecutada contra todo un órgano del poder público como es la AN.

Ahora bien, la SC ha transformado sobrevenidamente el desacato y lo ha convertido en un “ilícito judicial constitucional” no contemplado en el ordenamiento jurídico. El primer antecedente de esta desconfiguración del desacato es la sentencia de la SC número 245 del 9 de abril de 2014, caso “Alcalde del Municipio San Diego del estado Carabobo, y Salvatore Luchesse, en su condición de Director General de la Policía Municipal de San Diego”, a través de la cual la SC aplicó directamente la sanción dispuesta en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en contra de dichas autoridades por no haber cumplido el mandamiento de amparo dictado días antes por la propia SC.

Los jueces constitucionales en la decisión de amparo constitucional no están facultados para ejercer potestad sancionatoria directa alguna frente al desacato respecto de sus decisiones, teniendo el juez de amparo limitada su actuación en los casos de incumplimiento de las sentencias de amparo, sólo a procurar el inicio de un proceso penal ante la jurisdicción penal ordinaria, a cuyo efecto debe poner en conocimiento del asunto al Ministerio Público para que sea éste el que dé inicio al proceso penal correspondiente, tendiente a comprobar (o no) la existencia del delito y a imponer (de ser el caso) la sanción penal legalmente establecida, a que ya se ha hecho referencia.

Este había sido el criterio de la propia SC, quien mediante sentencia número 74 del 24 de enero de 2002, citando una decisión de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, había establecido que:

Electoral y los órganos electorales subalternos, y que intervino varios partidos políticos, del 18 de junio de 2020. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/pronunciamientos/pronunciamiento-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales-con-relacion-a-las-sentencias-de-la-sala-constitucional-del-tribunal-supremo-de-justicia/>

¹³ Gaceta Oficial número 34.060 del 27 de septiembre de 1988.

“...Ahora bien, en relación con el desacato, ha señalado este Alto Tribunal que dado, el carácter delictual del mismo, la calificación que de este delito se haga “le compete al Tribunal Penal, en el contexto del debido proceso con la garantía del derecho a la defensa (artículo 68 de la Constitución)” (Vid. Sentencias de la Sala Político-Administrativa del 7 de noviembre de 1995: Caso Rafael A. Rivas Ostos y del 11 de marzo de 1999: Caso Ángel Ramón Navas).

Por esta razón, la jurisprudencia citada dispuso que: “al alegarse el incumplimiento del mandamiento de amparo constitucional dictado por el Juez, conforme al artículo 31 ejusdem, el Tribunal que actuó en la causa, no es el competente para realizar la calificación jurídica del mencionado incumplimiento.”

En aplicación de la jurisprudencia precedente y por cuanto en el escrito contentivo de la solicitud que dio origen al recurso de apelación la solicitante imputó la comisión de un hecho punible de acción pública como lo es el <<desacato>> , previsto y sancionado en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esta Sala se declara incompetente para conocer del mismo, y ordena remitir copia certificada del mencionado escrito a la Fiscalía General de la República a los fines de que se inicie la investigación correspondiente...”

Sin embargo, en la mencionada decisión número 245 del 9 de abril de 2014, la SC en usurpación de las competencias de la jurisdicción penal “verificó” el desacato al mandamiento de amparo constitucional establecido en sentencia número 136 de fecha 12 de marzo de 2014, e impuso la sanción conforme a lo previsto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y remitió la decisión para su ejecución a un juez de primera instancia en lo penal en funciones de ejecución del Circuito Judicial Penal correspondiente.

La SC cambió la naturaleza del desacato, de una norma de sanción penal, competencia de la jurisdicción penal, a un ilícito judicial constitucional -inexistente en el ordenamiento constitucional venezolano- que será aplicado directamente por el juez que ha dictado un mandamiento constitucional, con independencia de la competencia material del mismo, a través del procedimiento establecido jurisprudencialmente por la propia SC, mediante el cual se determina si hubo o no desacato a la decisión de amparo constitucional que dictó, y, en caso de corroborarlo, imponer la consecuencia jurídica del precitado artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo.

Esta inconstitucional interpretación hecha por la SC sobre la figura del desacato prescindiendo de todo fundamento jurídico, fue adoptada más tarde en la sentencia número 108 de fecha 01 de agosto de 2016 por medio de la cual la Sala Electoral del TSJ, declaró el “desacato” de la AN por presunto incumplimiento de las sentencias de esa misma Sala Electoral número 260 de fecha 30 de diciembre de 2015 y número 1 del 11 de enero de 2016, por las cuales se declaró “la nu-

lidad del acto de juramentación de los ciudadanos Julio Ygarza, Nirma Guarulla y Romel Guzamana, en el cargo de Diputados de la AN realizado el 28 de julio de 2016 por la Junta Directiva del órgano legislativo nacional”, así como de aquellos actos o actuaciones que dictara la AN con la participación de los prenombrados ciudadanos.

Conviene recordar que ese “desacato” fue declarado a consecuencia de una decisión de la Sala Electoral fundamentada en una prueba ilegal. En efecto, la sentencia cautelar número 260 de la Sala Electoral que fue “desacatada” por la AN, está fundamentada en una grabación ilegalmente obtenida¹⁴ que la Sala Electoral calificó como un “hecho notorio comunicacional” solo porque había sido divulgada a través de los medios de comunicación.

Sobre esa grabación la Sala Electoral determinó que “*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 a la Asamblea Nacional*”. Sin embargo, la referida grabación no podía ser considerada como prueba legal desde que fue obtenida por cauces contrarios a los legalmente establecidos, siendo además que la misma no fue objeto de contradictorio en ningún momento, y por tratarse de una decisión inaudita parte no fue controlada por la contraparte¹⁵.

Ahora bien, a través de la sentencia número 108 se logró impedir la conformación de la mayoría calificada opositora, pues el número exacto requerido era el de los 3 diputados, cuya juramentación impedía este fallo cautelar, que tuvo una finalidad estrictamente política como lo demuestra no solo las inconsistencias jurídicas mencionadas sino el hecho de que, hasta la fecha, 4 años más tarde no se haya resuelto el fondo del asunto.

Posteriormente, en decisión número 808, del 02 de septiembre de 2016, la SC reiteró el criterio de la Sala Electoral y declaró que: “... *resultan manifiestamente inconstitucionales y, por ende, absolutamente nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica, los actos emanados de la Asamblea Nacional, in-*

¹⁴ “grabación del audio de una conversación entre la ciudadana Victoria Franchi Caballero, Secretaria de la Gobernación 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 para el acto de votación”. V. sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia número 260 de fecha 30 de diciembre de 2015.

¹⁵ V. Rafael Badell Madrid, “Poderes del juez constitucional”. Conferencia dictada en el VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV Congreso de Derecho Administrativo en Homenaje al Dr. Carlos Ayala Corao. Universidad Monteávila. Caracas, 11 de noviembre de 2016. Publicada en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales número 155, Año 2016. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2016. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/>

cluyendo las leyes que sean sancionadas, mientras se mantenga el desacato a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia”.

A través de la creación de este “ilícito constitucional” del desacato, sin determinar su forma, alcance, procedimiento para la verificación de su comisión y consecuencia jurídica, la SC violó el principio de taxatividad de las penas y sanciones establecido en el artículo 49 según el cual “6. *Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.*”, al establecer este tipo de “ilícito”.

En efecto, el principio de taxatividad, que junto con el principio de retroactividad y el de reserva de ley, forman lo que se conoce como el principio de legalidad penal, exige que en la ley se describan con la mayor exactitud posible las conductas que están prohibidas, por constituir delito, y las sanciones o castigos aplicables a dichas conductas en caso de que un sujeto las realice.

De esta forma, la SC en el caso de la AN, ha establecido este “ilícito constitucional” de manera indeterminada en el tiempo, inmotivada en su aplicación e ilimitada respecto de las consecuencias jurídicas que acarrea su ejecución, impidiendo el ejercicio de los poderes constitucionales de dicho órgano parlamentario, máximo representante de la voluntad popular, por casi cuatro años.

2.1.3. Desconocimiento de los poderes de control político de la Asamblea Nacional

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 187.3 de la Constitución la AN ejerce, además de la función legislativa, funciones de control sobre el gobierno y la administración pública nacional. Es el denominado control político, de oportunidad y de conveniencia que se ejerce sobre las actuaciones del órgano ejecutivo y es función exclusiva de la AN por lo cual es éste también un límite al poder de actuación del juez constitucional.

En tal sentido, la Constitución establece los mecanismos a través de los cuales se ejercerá dicho control, así como la obligatoriedad de comparecencia y de presentación de la documentación que les sea requerida que tienen los funcionarios públicos y los particulares, tal como lo prevén los artículos 222 y 223 de la Constitución.

Ahora bien, a modo de evitar el control sobre las actividades llevadas adelante por el poder ejecutivo, generalizadamente violatorias del marco legal, la SC ha impedido que la AN de Venezuela cumpla con esa importante función de control y la ha tomado para sí.

Es así como, en usurpación de las funciones del órgano legislativo, la SC ha liberado a los ministros de la obligación de comparecer ante la AN, y restringió las potestades de control político del órgano parlamentario sobre el gobierno y la administración pública sometiéndolo al control del Vicepresidente Ejecutivo¹⁶.

¹⁶ Sentencia número 9 del 1º de marzo de 2016.

De igual manera, la SC autorizó al Presidente de la República a rendir su mensaje anual, establecido en el artículo 237 de la Constitución, ante el TSJ y no ante la AN¹⁷, como ordena la norma.

Asimismo, declaró inválidos y jurídicamente ineficaces los actos realizados en el marco de la investigación aprobada por la plenaria de la Comisión Permanente de Contraloría de la AN, con ocasión de supuestas irregularidades ocurridas en la empresa Petróleos de Venezuela Sociedad Anónima (PDVSA)¹⁸.

Declaró incompetente e inconstitucional a la AN para recibir las memorias razonadas y suficientes del Vicepresidente Ejecutivo y de los ministros del gabinete ejecutivo sobre la gestión de sus despachos¹⁹.

Aprobó la constitución de empresas mixtas (Empresa Mixta PETROSUR, S.A.), en los términos establecidos por el Presidente de la República, usurpando las funciones de la AN²⁰ previstas en la Ley Orgánica de los Hidrocarburos.

Autorizó al presidente de la República a “*conferir los Honores del Panteón Nacional al ilustre luchador Fabricio Ojeda, quien fue ejemplo vivo de los ideales revolucionarios en el combate contra la dictadura Perezjimenista y la funesta unión partidista que dio origen al pacto de Punto Fijo*” en usurpación de las potestades de la AN establecidas en el artículo 187.15 de la Constitución, que establece que es atribución del poder legislativo nacional acordar los honores del Panteón Nacional²¹.

En enero de 2019²² determinó que Nicolás Maduro Moros debía juramentarse para asumir -ilegítimamente- el cargo de presidente de la República para el período constitucional 2019-2025, ante el TSJ, y no ante la AN, como lo determina el artículo 231 de la Constitución, por considerar que el “Órgano Legislativo Nacional se encuentra en flagrante desacato”, y, en efecto, lo juramentó.

2.1.4. Desconocimiento del poder de la Asamblea Nacional para legislar

La SC ha impedido la aplicación de todas²³ las leyes que, desde su nombramiento, ha sancionado la AN en ejercicio de las competencias constitucionalmente y naturalmente atribuidas por el artículo 187, mediante las siguientes decisiones:

¹⁷ Sentencia número 03 del 11 de enero de 2017 Artículos 187, 222, 22.

¹⁸ Sentencia número 88 del 24 de febrero de 2017.

¹⁹ Sentencia número 90 del 24 de febrero de 2017.

²⁰ Sentencia número 533 del 10 de julio de 2017.

²¹ Sentencia número 6 del 20 de enero de 2017.

²² Sentencia número 1 del 08 de enero de 2019.

²³ Respecto de la única Ley que, según la Sala, sí se ajusta a la Constitución, la Ley de bono para alimentos y medicinas a pensionados y jubilados, se anuló la disposición que ordenaba su entrada de vigencia inmediata (es decir, fue declarada “inaplicable” sentencia número 327 de 28 de abril del 2016).

1) Sentencia número 259 del 31 de marzo de 2016, que declaró inconstitucional la Ley de Reforma Parcial del Decreto número 2.179 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela. La Sala declaró la nulidad de esa Ley al considerar que mediante ella se pretendía subordinar al Banco Central de Venezuela a la Asamblea (cuando lo que se hizo, en realidad, fue reproducir el contenido del Decreto-Ley de 2014).

2) Sentencia número 264 del 11 de abril de 2016, que declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional. La SC cuestionó la oportunidad de la amnistía, pese a que la amnistía es una competencia exclusiva de la Asamblea que no admite control judicial en cuanto a su oportunidad y mérito.

3) Sentencia número 341 del 5 de mayo de 2016, por medio de la cual se declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del TSJ

4) Sentencia número 343 del 6 de mayo de 2016, que declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Otorgamiento de Títulos de Propiedad a Beneficiarios de la Gran Misión Vivienda Venezuela y otros Programas Habitacionales del Sector Público.

5) Sentencia número 460, del 9 de junio de 2016, en la cual la Ley especial para atender la crisis nacional de salud fue declarada inconstitucional.

6) Sentencia número 938 del 04 de noviembre de 2016, mediante la cual declaró nulidad del acto legislativo que sancionó la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y su contenido.

7) Sentencia número 939 del 04 de noviembre de 2016, donde declaró inconstitucional la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

8) Sentencia número 1012 del 25 de noviembre de 2016, declaró la nulidad del acto que sancionó la Ley para la Protección de la Remuneración y Defensa del Salario del Docente al Servicio de las Instituciones Educativas Oficiales Dependientes del Ejecutivo Nacional, Estatal y Municipal.

9) Sentencia número 1013 del 25 de noviembre de 2016, declaró la nulidad del acto legislativo sancionatorio de la Ley de Educación Intercultural Bilingüe Indígena.

10) Sentencia número 1014 del 25 de noviembre de 2016, declaró la nulidad del acto legislativo que sancionó la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, por desacato de decisiones judiciales.

11) Sentencia número 1, del 6 de enero de 2017, donde se declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Reforma de la Ley Orgánica del Ambiente, sancionada por la AN en sesión ordinaria del 30 de noviembre de 2016.

12) Sentencia número 383, del 31 de mayo de 2017, declaró la nulidad del acto legislativo sancionatorio de la Ley de Seguridad Social de los Funcionarios Policiales correspondiente al 21 de febrero de 2017.

2.1.5. Usurpación de la regulación del régimen interior y de debates de la Asamblea Nacional

La SC mediante la sentencia número 269 de 21 de abril del 2016, suspendió distintos artículos del Reglamento Interior y de Debates de la AN (luego de más de cinco años después de que su nulidad fuese invocada por entonces diputados de la oposición), y además asumió la atribución privativa de la AN de dictar su propio régimen de funcionamiento, al crear nuevas normas, cambiando el régimen de las sesiones de la AN y el procedimiento de formación de Leyes, para lo cual incluso llegó a crear un control inexistente en la Constitución, cual es la necesidad de conciliar, con el poder ejecutivo, la viabilidad económica de los Proyectos de Ley²⁴.

2.1.6. Desconocimiento del poder de la Asamblea Nacional para autorizar los estados de excepción decretados por el presidente de la República

De otra parte, la SC ha violado el principio de separación de poderes al impedir que la AN lleve adelante el control político sobre los estados de excepción decretados por el Presidente de la República, e incluso ha declarado que dicho control “no tiene relevancia jurídica”, argumentando que “el control de la AN sobre el Decreto que declara el estado de excepción es político, no jurídico” (sentencia número 07, del 11 de febrero de 2016).

La SC además viola el principio de separación de poderes al haber permitido que el presidente de la República, asumiera por más de cinco años la regulación de la materia económica mediante decretos dictados en el marco de un estado de excepción de emergencia económica, usurpando la potestad legislativa de la AN, en violación de los artículos 156.32 y 187.1 de la Constitución.

En efecto, tras la pérdida de la mayoría parlamentaria en diciembre 2015, y ante la imposibilidad de seguir legislando por vía de delegación legislativa, desde enero de 2016 y hasta abril de 2021 se han dictado 16 decretos y 16 prórrogas, por medio de los cuales se ha declarado, de manera inconstitucional, el Estado de Excepción y Emergencia Económica.

Todos estos decretos de emergencia económica dictados por el presidente de la República desde enero de 2016 son inconstitucionales por cuanto:

²⁴ De este modo, la SC no solo se sustituyó en la Asamblea al dictar sus normas internas de procedimiento, sino que además, pretendió subordinar la Asamblea al control político del Presidente, en violación del artículo 187, numeral 19, de la Constitución.

- Fueron dictados y prorrogados por el presidente de la República sin autorización de la AN, en violación de los artículos 339 de la Constitución;
- No determinan los hechos objetivos que justifiquen la declaratoria de estado de excepción y otorgan al Ejecutivo Nacional una serie de poderes ilimitados sin especificar la regulación del ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, en violación de los artículos 337 y 339 de la Constitución; y
- Decretan indefinidamente en el tiempo la restricción de las garantías constitucionales, en violación del plazo máximo establecido en el artículo 338 de la Constitución, y del principio de temporalidad establecido en los artículos 5 y 11 de la Ley Orgánica de los Estados de Excepción, el artículo 27.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Violan el principio de proporcionalidad y adecuación a las circunstancias, establecido en el artículo 4 de la Ley Orgánica de los Estados de Excepción

Sin embargo, a pesar de las inconstitucionalidades antes señaladas, todos estos decretos han sido declarados constitucionales por la SC, con la finalidad de que el Presidente de la República pueda seguir dictando decretos-leyes, desconstitucionalizando el principio de separación de poderes.

2.1.7. Violación a la inmunidad parlamentaria

Debemos destacar también que en el proceso de desconstitucionalización del principio de separación de poderes, la Sala Plena del TSJ, ha prestado especial colaboración a la SC, mediante la persecución y desconocimiento de la inmunidad parlamentaria de los diputados, en su mayoría opositores al Gobierno, de la AN.

Como es sabido, para asegurar la independencia y el correcto e ininterrumpido funcionamiento del poder legislativo se han establecido las prerrogativas parlamentarias, que sirven para proteger a los miembros del parlamento o asamblea contra la interferencia y persecuciones arbitrarias de las que puedan ser objeto sus miembros por parte de los agentes de otros poderes públicos e inclusive de los particulares. Las prerrogativas parlamentarias garantizan también el derecho de sufragio pasivo desde que aseguran la efectiva representación popular²⁵.

Estas prerrogativas parlamentarias son, principalmente, la inmunidad parlamentaria y la inviolabilidad o irresponsabilidad parlamentaria.

En Venezuela, la inmunidad parlamentaria está prevista en el artículo 200 de la Constitución de 1999, como un mecanismo de defensa de las funciones que

²⁵ Rafael Badell Madrid, “Prerrogativas parlamentarias (inmunidad e inviolabilidad parlamentaria)”. Publicado en el *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* número 159, julio-diciembre 2019, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve>

deben ejercer los diputados de la AN, desde el momento de su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo. La inmunidad parlamentaria supone la imposibilidad de detener y enjuiciar a los diputados en el ejercicio de sus funciones, sin la previa autorización de la AN y, si el enjuiciamiento fuere procedente, sería el TSJ el único competente para ello.

De otra parte, la inviolabilidad parlamentaria está consagrada en la Constitución en el artículo 199, el cual dispone que *“Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional no son responsables por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones. Sólo responderán ante los electores o electoras y el cuerpo legislativo de acuerdo con esta Constitución y con los reglamentos”*.

Si bien es cierto que las prerrogativas parlamentarias han estado consagradas en todos los textos constitucionales de Venezuela desde el año 1811, y que han sido establecidos los principios del respeto a la supremacía constitucional, así como el de separación de poderes, ello no ha evitado la persecución y castigo de la disidencia política que forma parte del órgano legislativo, sobre todo a partir de 1999, cuando comenzó un período de concentración del poder en detrimento de los atributos democráticos y en menoscabo de la independencia del poder judicial y del poder legislativo, lo que trajo como consecuencia el debilitamiento de la función legislativa y de control del parlamento sobre el poder ejecutivo.

La violación de las prerrogativas parlamentarias constitucionalmente consagradas ha sido característica de un régimen que no respeta el Estado de Derecho, que no acepta someterse al control parlamentario ni a las disposiciones legales que éste dicte, sino a las que el mismo crea en usurpación de las competencias legislativas. La institución de las prerrogativas parlamentarias y sus motivaciones estorban la evidente intención de un gobierno que desconoce la voluntad popular.

La AN, desde 1999 hasta el año 2016, con mayoría oficialista, nunca fue objeto de ataque por parte del poder ejecutivo, el cual la controlaba por completo, pero sí fueron notorios en esta etapa de control absoluto de la AN las agresiones contra diputados opositores.

De otra parte, cuando en diciembre del año 2015, la oposición pasó a tener mayoría en la AN, comenzó un proceso de anulación total del poder legislativo²⁶ y de persecución de sus miembros, de lo cual se encargó especialmente la Sala Plena del TSJ a través de la instauración de procesos desprovistos de toda garantía constitucional y en violación de la inmunidad parlamentaria y el antejuicio de mérito.

²⁶ Así pues, a partir del 6 de diciembre del año 2015, el gobierno pasó de tener el control absoluto del órgano legislativo nacional a una muy poca representación. Dentro del estado democrático y de derecho lo razonable habría sido que, después de 15 años de control absoluto de todos los poderes públicos, el gobierno hubiera propiciado la cohabitación política, lo que habría permitido la correcta separación de poderes y el adecuado ejercicio de las funciones constitucionalmente atribuidas a cada uno de los poderes públicos (Ejecutivo y Legislativo). Sin embargo, se escogió la vía de desconocer la voluntad popular.

En efecto, como lo manifestó la Academia de Ciencias Políticas y Sociales mediante pronunciamiento del 10 de mayo del 2019, las referidas sentencias violan los artículos 7, 49, 136, 200 y 266, numeral 3, de la Constitución. Violan los derechos humanos fundamentales de los diputados y violan el principio de supremacía constitucional al desconocer la figura de la inmunidad parlamentaria y el antejuicio de mérito como mecanismos de protección del correcto y continuo funcionamiento del órgano parlamentario, así como garantía esencial de la separación de poderes, contempladas expresamente en la Constitución²⁷.

Las decisiones de la Sala Plena constituyen una vía de hecho que pretende impedir el funcionamiento del poder legislativo, en órgano de la AN, mediante la inhabilitación de -hasta ahora- 29 de sus miembros, entre ellos los diputados: Gilbert Caro, German Ferrer, Freddy Guevara, Juan Requesens, Julio Borges, Juan Guaidó, Edgar José Zambrano Ramírez, Henry Ramos Allup, Luis Germán Florido, Marianela Magallanes López, José Simón Calzadilla Peraza, Americo De Grazia, Richard José Blanco Delgado, Freddy Francisco Superlano Salinas, Sergio de Jesús Vergara González, Juan Andrés Mejía Szilard, Carlos Alberto Paparoni Ramírez, Miguel Alejandro Pizarro Rodríguez, Franco Manuel Casella Lovaton, Winston Eduardo Flores Gómez, Rafael Guzmán, José Guerra, Tomás Guanipa, Juan Pablo García, Juan Pablo Guanipa, Jorge Millán, Hernán Alemán, Carlos Lozano y Luis Stefanelli.

2.2. *Desconstitucionalización a partir de la violación de derechos y garantías constitucionales*

La desconstitucionalización del estado también ha tenido lugar a partir de las decisiones de la SC que tienden a disminuir el reconocimiento y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales mediante la interpretación regresiva y contraria de los derechos sociales, civiles, económicos y políticos, tales como el derecho de propiedad, la libertad de industria y comercio, el derecho de información, libertad de expresión, manifestación, etc.

En esta oportunidad nos referiremos particularmente a la desconstitucionalización del derecho a la tutela de tratados internacionales sobre derechos humanos, el derecho de libertad económica y el derecho de propiedad.

2.2.1. *Desconstitucionalización del derecho a la tutela de tratados internacionales sobre derechos humanos (artículo 23 de la Constitución)*

La Constitución en su artículo 23 dispone la aplicación preferente, inmediata y directa, por los tribunales y demás órganos del Poder Público, de los tratados,

²⁷ Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales ante las actuaciones del Tribunal Supremo de Justicia que vulneran la inmunidad parlamentaria, de fecha 10 de mayo de 2019. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/v.%20f.Pronunciamento%20Academia%20Inmunidad%20Parlamentaria.pdf>

pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en la Constitución.

Este artículo 23 consagra la protección de los derechos fundamentales y, especialmente, los derechos humanos, tanto por las normas de derecho interno como por las disposiciones de derecho internacional. De forma que, además de las fuentes formales internas del derecho de un Estado, son consideradas fuentes del derecho, también, las regulaciones supranacionales y las derivadas de los tratados internacionales.

El control de la convencionalidad es ejercido por los jueces internacionales y nacionales a través de la aplicación directa de las normas internacionales en los casos que conocen y de acuerdo a sus competencias procesales, y consiste en verificar la convalidación o invalidación del acto jurídico doméstico o nacional, respecto del ordenamiento internacional, considerado este como el conjunto de convenios o tratados internacionales suscritos válidamente por un Estado y los distintos actos dictados en ejecución de tales tratados.

En Venezuela, el control de convencionalidad está regulado en el precitado artículo 23 de la Constitución, en concordancia con los artículos 334, 335 y 336 *eiusdem*.

Mediante el control concentrado de la convencionalidad, la SC podrá declarar la nulidad de las leyes nacionales, estatales y municipales, de los actos de gobierno, de los decretos de estado de excepción, revisar las sentencias definitivamente firmes, y controlar la inconstitucionalidad por omisión legislativa, que contraríen los tratados sobre derechos humanos en virtud de su jerarquía constitucional. Véase artículos 334 y 336.1 de la Constitución.

De otra parte, los demás jueces de la República, al estar obligados a *garantizar la integridad de los tratados relativos a derechos humanos*, si llegare a existir algún tipo de incompatibilidad entre un tratado sobre derechos humanos y una ley u otra norma jurídica, -en cualquier causa y aun de oficio- deberán decidir lo conducente y aplicar las disposiciones de dicho tratado con preferencia, de conformidad con el artículo 334 de la Constitución.

El control de la convencionalidad, consagrado en el artículo 23 de la Constitución, se manifiesta en la tutela por parte de los jueces constitucionales, no solo del cumplimiento de las normas de derecho interno, sino además, del efectivo cumplimiento de las disposiciones contenidas en convenios o tratados internacionales, especialmente las relativas al reconocimiento y la protección de los derechos humanos que conforman el denominado *corpus iuris* de los derechos humanos; así como los demás instrumentos normativos, principios y valores internacionales que conforman el “bloque de la convencionalidad”, en el ordenamiento jurídico interno.

Actualmente en Venezuela el control interno de convencionalidad se ha desconstitucionalizado. La justicia revolucionaria ha impuesto una jurisprudencia

cia regresiva y contraria a la protección de los derechos humanos. Lo anterior se fundamenta, principalmente, en la jurisprudencia de la SC. En primer lugar, puede citarse la sentencia de la SC del 18 de diciembre de 2008 (Caso Ana María Ruggeri, Juan Carlos Apitz) respecto al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) por medio de la cual se ordenó la reincorporación en el cargo de los ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la Sala dispuso entre sus consideraciones que *“el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aclara que la protección internacional que de ella se deriva es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”*. Es decir, *“que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede pretender excluir o desconocer el ordenamiento constitucional interno, pues la Convención coadyuva o complementa el texto fundamental que, en el caso de nuestro país, es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico”*²⁸.

La SC declaró inaceptable la decisión interamericana en cuanto que ésta equiparó de forma absoluta los derechos de los jueces titulares y los provisorios internos y al producirse un desconocimiento de la firmeza de decisiones administrativas y judiciales que han adquirido la fuerza de la cosa juzgada en el Estado venezolano (como fue en el caso de la destitución de los ex magistrados), por lo que a su vez declararía su inejecutabilidad, de forma que si, por el contrario, ésta se ejecutara *“afectaría principios y valores esenciales del orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela y pudiera conllevar a un caos institucional en el marco del sistema de justicia, al pretender modificar la autonomía del Poder Judicial constitucionalmente previsto y el sistema disciplinario instaurado legislativamente”*²⁹.

Otro ejemplo es la sentencia de la SC número 1547 del 17 de octubre de 2011 que entre sus consideraciones y en análisis del artículo 23 de la Constitución de la República, dispuso que no se otorga a los tratados internacionales de derechos humanos un rango supraconstitucional, indicando que *“en caso de antinomia o contradicción entre una disposición de la Carta Fundamental y una norma de un pacto internacional, correspondería al Poder Judicial determinar cuál sería la aplicable, tomando en consideración tanto lo dispuesto en la citada norma como en la jurisprudencia de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”*³⁰.

En este caso la SC controló la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos y declaró la prevalencia de los demás tratados ratificados por Venezuela sobre la Convención, señalando que *“...tal Tratado no es el único que*

²⁸ SC sentencia número 1939, 18 de diciembre de 2008. Disponible en: <https://vlexvenezuela.com/vid/abogados-gustavo-alvarez-arias-283294371>

²⁹ *Ibid.*

³⁰ SC, sentencia número 1547 del 17 de octubre de 2011. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1547-171011-2011-11-1130.HTML>

forma parte integrante del sistema constitucional venezolano según el artículo 23 de nuestra Carta Fundamental. La prevalencia de las normas que privilegien el interés general y el bien común sobre los intereses particulares dentro de un Estado social de derecho y de justicia obligan al Estado venezolano y a sus instituciones a aplicar preferentemente las Convenciones Interamericana y de la ONU contra la corrupción y las propias normas constitucionales internas, que reconocen a la Contraloría general de la República como un órgano integrante de un Poder Público (Poder Ciudadano) competente para la aplicación de sanciones de naturaleza administrativa, como lo es la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por hechos de corrupción en perjuicio de los intereses colectivos y difusos del pueblo venezolano”³¹.

Otro caso, aún más grave y desafortunado, la SC ante la “acción de control de convencionalidad”, ejercida por la Viceprocuraduría en representación del Estado venezolano, en sentencia de 10 de septiembre de 2015, declaró inejecutable el fallo de la Corte IDH, de fecha 22 de junio de 2015 (Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela) en razón de que se determinó que la decisión por la Corte IDH se dictó “*en franca violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a otros instrumentos internacionales sobre la materia y a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*”. Además dispuso que “*resulta inaceptable que se pretenda desvirtuar la efectividad y supremacía constitucional, intentando imponer al Estado Venezolano obligaciones que no sólo serían consecuencia de argumentos y conclusiones contradictorias carentes de veracidad, sino que se instituyen en enunciados total y absolutamente incompatibles con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*”³².

Para controlar la constitucionalidad de las sentencias de la Corte IDH, la SC invocó su criterio expuesto previamente en la sentencia número 1.547 del 17 de noviembre de 2011, mediante la cual había establecido que para velar por la uniforme interpretación y aplicación de la Constitución, esa Sala “*tiene la facultad, incluso de oficio, de “verificar la conformidad constitucional del fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, control constitucional que implica lógicamente un ‘control de convencionalidad’ (o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano)*”³³.

En este caso la SC ratificó que le correspondía ejercer un control ante una aparente antinomia entre la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos y en razón de esto, dispuso “*es preciso resaltar que en cualquier modalidad de control de constitucionalidad, podría ser necesario ejercer un control de convencionalidad cuando en el análisis de un caso estén presentes normas relativas a derechos humanos contenidos en una o varias convenciones inter-*

³¹ *Ibid.*

³² SC sentencia número 1175, 10 de septiembre de 2015. Disponible en: <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2015/09/SC-N%C2%BA-1175-10-09-2015.pdf>

³³ *Ibid.*

*nacionales válidamente suscritas y ratificadas por la República Bolivariana de Venezuela, que pudieran contradecir una disposición constitucional interna*³⁴.

Señaló la SC que el fallo de la Corte IDH pretendió erradamente proteger derechos humanos de una persona jurídica como lo era RCTV, por lo cual consideró que *“el desarrollo del fallo contradice su propio argumento correspondiente a que su decisión tutela derechos individuales de personas naturales y no de personas jurídicas cuando se extienden en explicar cómo el Estado venezolano vulneró el derecho a la propiedad del grupo de trabajadores, directivos y periodistas o de la persona jurídica RCTV”*³⁵.

2.2.2. Desconstitucionalización del derecho de libertad económica (artículo 112 de la Constitución)

El principio de libertad económica -libre empresa- ha informado la estructura del Estado venezolano desde la primera Constitución de 1811 hasta la vigente de 1999. Su desarrollo, sin embargo, no ha sido siempre uniforme; algunos textos constitucionales han tenido una marcada orientación liberal que se manifestaba en la ausencia de previsiones de posibles intervenciones o restricciones por parte de los Poderes Públicos en la economía; mientras que otros, han sido más proclives a facilitar la intervención estatal³⁶.

En el artículo 112 de la Constitución de 1999 se refunden las disposiciones referentes a la libertad económica y la protección a la libre iniciativa. En tal sentido, el artículo 112 dispone que *“Todas las personas pueden dedicarse libremente*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Así, por ejemplo, la Constitución de 1830 -que facilitó el nacimiento de la denominada oligarquía conservadora- promovía el afianzamiento de las libertades económicas y ello se vio reflejado en la promulgación en 1834 de una Ley de Libertad de Contratos que permitía a las partes contratantes pactar libremente cualquier tipo de interés, sin limitación alguna¹¹⁵. Sin embargo, la flexibilidad de los postulados económicos de la Constitución de 1830 fomentó el nacimiento de una corriente política-económica completamente distinta: la oligarquía liberal. Tal circunstancia, produjo importantes cambios legislativos que acentuaron el rol intervencionista del Estado. Así, en 1848 la Ley de Libertad de Contratos fue reformada sobre la base de que dicha libertad no debe dañar la igualdad que la ley debe proteger en el ejercicio de todas las industrias. Se llegó incluso en 1849 a sancionar una ley en cuya virtud el Gobierno podía sustituirse en acreencias privadas, pagando tales obligaciones con la emisión de billetes. Ejemplos similares se encuentran en el siglo XX; así, por ejemplo, el proceso de acentuación de las facultades de intervención estatal presentes en las Constituciones sancionadas entre 1901 y 1947 se detuvo con la Constitución de 1953, la cual se limitó a garantizar la libertad de industria y comercio, conforme a las leyes, sin ningún tipo de determinación en relación con el alcance o extensión de ese derecho (cf. art. 35, ord. 12). Por último, la Constitución de 1961 señalaba en el artículo 96 que: *“Todos pueden dedicarse a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social”*; y en el artículo 98 que: *“El Estado protegerá la iniciativa privada, sin perjuicio de la facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y fomentar la producción y regular la circulación, distribución y consumo de la riqueza, a fin de impulsar el desarrollo económico del país”*

a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social”.

La libertad económica supone el derecho de participar libremente en una actividad económica lícita. Es la posibilidad de dedicar los recursos privados a un objetivo económico libremente escogido, sometiendo al ordenamiento jurídico. Como la mayoría de los derechos y libertades, la libertad económica, como derivación del principio general de libertad, no puede definirse como un derecho absoluto y por lo tanto se encuentra sometida a varias condiciones, restricciones y limitaciones.

Sin embargo, todas las restricciones, por ser excepcionales, deben ser expresas e interpretadas de forma restrictiva, así como estar justificadas en razones de interés general, debiendo ponderarse si el mismo resultado no puede alcanzarse a través de mecanismos menos coercitivos. En general la limitación a este derecho no puede ir más allá de lo necesario para garantizar la protección del interés general.

Veamos cómo había considerado inicialmente la SC este derecho, mediante la sentencia del 4 de mayo de 2004:

“de las normas antes transcritas se puede colegir, que las mismas consagran la libertad económica no en términos absolutos, sino permitiendo que mediante la ley se dispongan limitaciones. Sin embargo, debe destacarse que ello no implica ejercicio alguno de poderes discrecionales por parte del legislador, el cual, no podrá incurrir en arbitrariedades y pretender calificar, por ejemplo, como “razones de interés social” limitaciones a la libertad económica que resulten contrarias a los principios de justicia social, ya que, si bien la capacidad del Estado de limitar la capacidad económica es flexible, dicha flexibilidad existe mientras ese derecho no se desnaturalice. En este sentido debe entenderse que mientras la norma transcrita se refiere a las limitaciones a dicho derecho, y señala solo ‘las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes...’ no puede interpretarse que la Constitución establezca garantías cuya vigencia pueda ser determinada soberanamente por el legislador ya que todos los derechos subjetivos previstos en la Constitución son eficaces por sí mismos, con independencia de la remisión legal a la que pueda aludir la Constitución. Lo que la Ley fundamental ofrece es un “estatuto completo de la libertad, efectivo por sí mismo, no necesitando de ningún complemento para ser operativo inmediatamente”.

Luego, la SC desnaturalizó el derecho de libertad económica al darle un nuevo significado mediante sentencia del 23 de julio de 2009 (caso “Ley de Protección al Consumidor y al Usuario) en la que estableció que:

“(…), los derechos fundamentales relacionados con la industria, el comercio y la producción deben sufrir un proceso de enriquecimiento, de

humanización, de socialización (en el sentido de tomar en cuenta el carácter social del hombre). No se trata de que no se sigan reconociendo, se trata de despojarlos de su impronta meramente lucrativa, de su obsesión por la eficacia, de su individualismo excluyente”.

En esta oportunidad la SC entendió como un principio socializado al derecho de libertad económica y dispuso que cualesquiera limitaciones que el Estado pudiera establecer sobre él no estaban vinculadas al interés social sino a su relativización o ponderación con otros derechos sociales.

Esta nueva interpretación de la SC le quitó autonomía al derecho de libertad económica, cuando eliminó un elemento que es fundamental en este derecho como es el ánimo de lucro; además, lo sometió a lo que el “Estado global” considerara -a su conveniencia- “igualdad”, “equilibrio”, “justicia”, “promoción y protección de los derechos fundamentales”.

Este “Estado global”, en oposición al “Estado Social”, fue definido por la SC en la mencionada sentencia como aquel dispuesto a *“dirigir la marcha entera de la sociedad, y aun de modificar su estructura misma para hacerla más justa y para extender el bienestar a toda la población”*, justificando de esta forma cualquier intervención del Estado en cualquier ámbito del país y, especialmente, en el ámbito económico.

“En suma, esta interpretación teórica del Estado social, postula la funcionalización social de la empresa privada, negando que ella pueda desarrollarse autónomamente conforme al principio de libertad, pues únicamente podrá atender las áreas que el Estado considere como anejas al interés social”.³⁷

De esta forma, la SC desvirtuó la libertad económica entendida como derecho público subjetivo que es límite al accionar de los poderes públicos³⁸, y la convirtió en un principio moldeable a los ideales socialistas (no del Estado social) del partido gobernante.

El desconocimiento de la libertad económica, así como la imposición de un modelo socialista por parte de la SC es a la vez violatorio de uno de los valores fundamentales que propugna el artículo 2, que establece:

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

³⁷ José Ignacio Hernández, “Estado social y libertad de empresa en Venezuela: consecuencias prácticas de un debate teórico”. En *Seminario de Profesores de Derecho Público*, Caracas, 2010, Disponible en: https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Libertad_economica_seminario.pdf

³⁸ Véase al respecto María Amparo Grau, *La inconstitucional actividad empresarial del Estado en Venezuela*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Torino, Caracas, 2019.

2.2.3. *Desconstitucionalización del derecho de propiedad (artículo 115 de la Constitución)*

En los últimos 20 años se ha producido la lesión del derecho de propiedad desde todos los órganos del poder público. Desde el poder ejecutivo se ha violado el derecho de propiedad a través de las vías de hecho, expropiaciones indirectas, apropiación de bienes, equipos, instalaciones y demás activos sin pago de indemnización alguna, sin intervención del juez y sin tomar en cuenta los derechos e intereses de los expropiados, abusando de sus facultades de poder público.

Desde el poder legislativo se ha desconstitucionalizado el derecho de propiedad, mediante leyes que declaran abierta e indefinidamente la utilidad pública de bienes y servicios, dejando a la discrecionalidad del poder ejecutivo la determinación de tales bienes; leyes que prescinden de la participación del poder judicial en el procedimiento expropiatorio, en detrimento de las garantías, derechos e intereses de los particulares; leyes que regulan a la expropiación como mecanismo para sancionar infracciones legales; en general leyes que disminuyen los atributos de uso, goce y disposición de la propiedad.

Desde el poder judicial se ha violado el derecho de propiedad, principalmente, por la abstención de la jurisdicción constitucional en decidir a favor del derecho de propiedad, ante las constantes agresiones y perturbaciones promovidas por el poder ejecutivo y frente a las disposiciones legislativas inconstitucionales; antes y por el contrario desde la jurisdicción constitucional se han dictado sentencias interpretativas de la Constitución que desconocen y degradan el derecho de propiedad.

Como sabemos la expropiación es una doble garantía constitucional. Por un lado, como procedimiento, constituye un instrumento o cauce por el que se logra la tutela de los derechos y garantías individuales frente a la actividad administrativa de intervención que ejerce la Administración. De otra parte, es una medida de resarcimiento patrimonial a favor de los ciudadanos por la transferencia coactiva de la propiedad.

Como garantía constitucional, presupone la existencia de dos elementos fundamentales que le dan origen, estos son: (i) la presencia de un interés o bien jurídico constitucionalmente tutelado y, (ii) la posibilidad de que dicho interés o bien jurídico pueda encontrarse en peligro o sea susceptible de agresión, requiriendo entonces, la creación de un instrumento capaz de asegurar su integridad y vigencia. Es a partir de esas dos notas fundamentales que se caracteriza el instituto de la expropiación como una garantía constitucional.

El procedimiento expropiatorio es en sí mismo una manifestación de esta garantía constitucional. La expropiación es un procedimiento de naturaleza compleja en el cual deben intervenir los tres órganos del poder público a objeto de garantizar el respeto del interés individual que va a ser sacrificado en beneficio del interés colectivo.

Por eso, el procedimiento expropiatorio comprende tres fases: la que corresponde al órgano legislativo; la que es responsabilidad del órgano ejecutivo y la que realiza el control de la legalidad de la medida expropiatoria y de su ejecución, que lleva adelante el órgano judicial.

La fase legislativa, que corresponde a todos los órganos que conforman al poder legislativo, en los distintos niveles de descentralización territorial (nacional, estatal y municipal), se concreta, tanto con la sanción de las leyes de expropiación que disponen el procedimiento a seguir y desarrollan las condiciones para su procedencia (poder legislativo nacional) como con la declaratoria de utilidad pública o social de la actividad que va a justificar la expropiación.

La fase administrativa (poder ejecutivo nacional, estatal o municipal) se manifiesta con la emisión del decreto de expropiación, decreto de ejecución o decreto de afectación, en el que se debe indicar que la ejecución de la obra, anteriormente declarada de utilidad pública o social por el órgano legislativo, exige necesariamente que determinados bienes pasen a la propiedad del ente expropiante. Allí debe indicarse con toda claridad el bien que es necesario expropiar. Dentro de esa fase se incluye, luego que se ha dictado el decreto de afectación, el arreglo amigable, si es que el expropiado conviene en la legalidad de la expropiación, el justiprecio que se realice en esa sede administrativa y el pago.

Por último, la fase judicial que se desenvuelve ante el tribunal competente. De acuerdo al artículo 115 de la Constitución no hay expropiación si no hay sentencia firme que la declare. La función del juez es la de procurar y preservar el respeto a la garantía de los derechos del particular frente a la actuación de la Administración. Esta fase judicial controla la legalidad de la expropiación; la justicia de la indemnización a pagar, que la medida expropiatoria no empobrezca ni enriquezca al expropiado; asegura, por una parte, que quienes reciban la indemnización son los legítimos propietarios o titulares de otros derechos susceptibles de indemnización -arrendatarios, poseedores y titulares de bienhechurías- y, por la otra, que el bien expropiado entre al patrimonio del ente expropiante libre de todo vicio, riesgo o gravamen.

Ahora bien, en contradicción con el texto constitucional y la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Interés Social, con la llegada al poder de Hugo Chávez comenzó un proceso, concertado entre el poder ejecutivo y los poderes legislativo y judicial, de desconstitucionalización y deslegalización general del Estado que ha traído como consecuencia la violación de todos los derechos y libertades y, entre ellos, principalmente el derecho de propiedad.

Desde el poder judicial, y principalmente desde la SC, se ha violado el derecho de propiedad, y por ende el derecho a la tutela judicial efectiva, desde que se ha abstenido de protegerlo ante las continuas violaciones a sus atributos, tanto por hechos de particulares, como por actos y vías de hechos del poder ejecutivo y violaciones desde el poder legislativo. Por omisión, los tribunales de la República han contribuido al desconocimiento del derecho de propiedad a partir de su desprotección jurisdiccional.

El poder judicial también ha contribuido activamente en la limitación del derecho de propiedad a través de interpretaciones inconstitucionales. Téngase como buen ejemplo la sentencia número 85 de fecha 24 de enero de 2002, el famoso caso “Asodeviprilara”, de la SC, mediante la cual se interpretó el derecho de propiedad a partir de la de la cláusula de estado social a que se refiere el artículo 2 de la Constitución.

En esta oportunidad, la SC determinó que en el Estado Social de Derecho, mediante la ley o la interpretación de la misma según los principios fundamentales de la Constitución de 1999, se puede limitar la autonomía de la voluntad en los contratos, igualmente y dentro de parámetros legales, puede restringir la propiedad, y hasta expropiarla, si por causa de utilidad pública o interés social fuere necesario (artículo 115 constitucional). En efecto, la SC estableció que:

“Como se explica en este fallo, las restricciones legales a la propiedad o a la libertad económica, son inherentes a la existencia del Estado Social de Derecho y su meta de proteger a las personas ante las conductas desequilibrantes tendentes a explotar a sectores de la población. Este signo distingue al Estado Social de Derecho del Estado Liberal.”

Pero ya en el año 2000 la SC se había pronunciado sobre la función social de la propiedad para justificar los límites que pueden ser impuestos a la propiedad, determinando que:

*“la Constitución de la República garantiza el derecho a la propiedad, pero de ninguna manera como un derecho absoluto sino relativo, con las limitaciones legales, dada la función social de la propiedad que la somete a las restricciones, contribuciones y obligaciones que establezca la Ley”.*³⁹

Otra interpretación inconstitucional, que es también buen ejemplo de cómo desde el poder judicial se ha contribuido a la violación al derecho de propiedad, es la sentencia de la SC del 16 de octubre de 2014 que resolvió el recurso de nulidad por inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de Regularización y Control de Arrendamiento de Vivienda, cuyos artículos 84 y 88 establecen la obligación de las empresas constructoras de desarrollos habitacionales de más de diez inmuebles, de destinar un porcentaje de viviendas para su arrendamiento, y que al cumplir diez años de su construcción, los propietarios tendrán el compromiso de ofertar en venta al arrendatario el inmueble. De igual manera, en la Disposición Transitoria Quinta, la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de vivienda garantiza el derecho de adquisición de los arrendatarios que ocupen viviendas construidas sobre edificios que tengan veinte años o más dedicados al arrendamiento: “(...) los arrendatarios y arrendatarias que ocupen viviendas constituidas sobre edificios que tengan veinte años o más dedicados al arrendamiento, tendrán el derecho a adquirirla, exceptuando del cumplimiento de la presente disposición a los pequeños arrendadores. A tal efecto el propietario o

³⁹ Sentencia de la SC de fecha 27 de octubre de 2000.

arrendador, procederá de acuerdo al capítulo relativo a la preferencia ofertiva, establecido en este instrumento legal, en un lapso no mayor de sesenta días a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley”.

La SC formuló una interpretación contraria a la Constitución cuando sentenció:

“(...) las normas garantizan el derecho del propietario al pago del precio de venta del inmueble una vez vencidos los lapsos legalmente establecidos para que termine la relación arrendaticia y opere el traspaso de propiedad del inmueble.

Según lo expuesto, ni todos los inmuebles están sujetos a las normas atacadas, ni las medidas que se establecen implican la confiscación de los mismos, sino que prevén el pago del precio de venta y con ello, la garantía de incolumidad del patrimonio del arrendador.

En consecuencia de lo expuesto, esta Sala no considera desproporcionadas las medidas atacadas y de allí que se desestima el alegato de violación del derecho de propiedad, ya que los límites del derecho a la propiedad que contienen las normas impugnadas, se enmarcan dentro de los principios de reserva legal e interés general que justifican la restricción de este derecho a los fines de garantizar el derecho a la vivienda digna y así se declara.”

En estos casos se violó el derecho de propiedad desde que se limitaron los elementos de uso, goce y disfrute de la propiedad al obligar al propietario a dar en arrendamiento un porcentaje de los inmuebles construidos, no pudiendo elegir entre alquiler o venta del inmueble. Además el propietario estaría obligado a ofertar en venta la vivienda después de 10 años del contrato de arrendamiento, obligación que supone una modalidad de imposición legal de venta de patrimonio obligatoria y violatoria del principio de libre disposición del derecho de propiedad, caso idéntico con lo dispuesto en la disposición transitoria quinta de la Ley de Regularización y Control de Arrendamiento de Vivienda, que obliga a los arrendadores de viviendas construidas en edificios dedicados por veinte o más años al arrendamiento, a ofertarlas en venta a los arrendatarios.

3. DESLEGALIZACIÓN

En Venezuela hay una política de Estado dirigida a disminuir la importancia de la ley; hay desprecio a la ley y al principio de la reserva legal, que es la garantía constitucional que permite a los administrados tener la certeza de que sólo el órgano legislativo va a regular las materias referidas a los derechos y libertades, y las materias relativas a la organización del poder público, mediante el cumplimiento del procedimiento de elaboración de leyes especialmente establecido en la Constitución.

Este procedimiento especial para la elaboración o formación de leyes, cabe recordar, está establecido en la Sección Cuarta: De la formación de las Leyes, del Capítulo I del Poder Legislativo Nacional, Del Título V de la Organización del Poder Público Nacional, de la Constitución, y comprende los artículos 202 al 218, que determinan las formalidades que debe cumplir el órgano legislativo para que las regulaciones legales estén investidas de legitimidad constitucional y democrática.

Así pues, la validez formal de la regulación de las materias de reserva legal está condicionada a su aprobación por medio de una ley formal y materialmente sancionada por el poder legislativo nacional, por intermedio del procedimiento predeterminado en la Constitución (garantía procedimental), que permite el más amplio consenso y la participación de las minorías, perfeccionando el principio de representatividad, la publicidad y la transparencia. A la vez implica la prohibición o rechazo total de la imposición de procedimientos mediante disposiciones de carácter sublegal, como lo sería un acto administrativo o una sentencia.

Sin embargo, a contracorriente de lo antes expuesto, la SC ha, en palabras de Loewenstein, “desvalorizado” los preceptos constitucionales relativos a la reserva legal y la legitimidad democrática de la ley y a través de sus sentencias ha promovido la deslegalización.

Esta deslegalización se ha materializado, bien a través de la jurisdicción normativa o bien mediante la inconstitucional delegación normativa, en usurpación de las potestades legislativas de la AN, que es el único órgano legitimado para dictar leyes en materia del poder público nacional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 187, numeral 1 y 156 de la Constitución.

3.1. Usurpación de la regulación en materias de reserva legal

Desde su creación, ha sido una tendencia de la SC legislar (a través de la llamada jurisdicción normativa) o delegar la legislación en materias de reserva legal, en usurpación de las facultades legislativas propias, exclusivas y excluyentes de la AN. Veamos a continuación algunos ejemplos:

1) El primer caso de ruptura del principio de separación de poderes por invasión de la SC en la esfera de competencias legislativas de la AN, ha sido, sin duda, el caso José Amando Mejía. En este la SC reformó la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y estableció un nuevo procedimiento para conocer de las acciones de amparo, por considerar que el establecido en la mencionada ley no estaba conforme con el nuevo texto constitucional (sentencia de 1º de febrero de 2000 de la SC). De esa forma, la SC anuló, mediante interpretación constitucional, unas normas cuya nulidad no fue siquiera solicitada, por considerarlas incongruentes con la Constitución, y además creó un procedimiento no establecido en la ley para su tramitación.

2) Otro de los primeros ejemplos de la invasión de competencias del órgano legislativo por el poder judicial, que se observó en Venezuela a partir de

la creación de la SC, fue el caso Servio Tulio León (sentencia número 1077 del 22 de septiembre de 2000), por medio del cual, actuando fuera del marco de las atribuciones expresamente otorgadas por la Constitución, esa SC dio origen a un recurso autónomo de interpretación constitucional que no estaba consagrado ni constitucional ni legalmente, auto atribuyéndose facultades legislativas y hasta constituyentes.

Con la creación del recurso de interpretación constitucional, la SC se arrogó la facultad de establecer interpretaciones en abstracto de la Constitución con el fin de legislar y ejercer control incluso sobre el propio texto constitucional, con supuesto fundamento en el artículo 335 constitucional, el cual sólo otorga carácter vinculante a las interpretaciones que haga la SC sobre el contenido y alcance de los principios y normas constitucionales, en el ejercicio de las atribuciones dispuestas en el artículo 336 (entre las cuales no figura el recurso de interpretación autónoma de la Constitución).

3) De otra parte, desde sus primeras decisiones, la SC ha ampliado inconstitucionalmente sus facultades para incluir dentro de la revisión constitucional otras decisiones que ni la Constitución ni la ley permitían revisar. En este sentido véase sentencias número 93 del 6 de febrero de 2001⁴⁰ (*Caso Olimpia Tours and Travel vs. Corporación de Turismo de Venezuela*), y número 727 de fecha 8 de abril de 2003, mediante las cuales la SC, estableció como criterio que dentro del objeto de revisión constitucional se encuentran otras sentencias dictadas por las Salas del TSJ u otros tribunales, distintas a las dictadas en materia de amparo o de control difuso de la constitucionalidad.

4) La SC -en sentencia número 907 del 28 de octubre de 2016- ha desbordado el ejercicio de sus poderes respecto del principio de separación de poderes con la creación de potestades que no son reconocidas ni por el texto constitucional ni por la LOTSJ, en usurpación de las funciones legislativas de la AN. En efecto, la SC creó una “acción innominada de control de la constitucionalidad” para buscar concretar pretensiones de control de constitucionalidad que escapan al ámbito de competencias constitucionales y legales del juez constitucional.

Eso ocurrió en el caso en el cual se cuestionaba la legitimidad del Presidente de la República en virtud de su nacionalidad, por el hecho de no poseer la venezolana con carácter exclusivo. En este caso el Presidente Maduro resolvió crear una acción a la medida argumentando que “*al no existir disposición expresa que contemple la modalidad de control de la constitucionalidad aquí planteada, lo pertinente es ejercer la presente acción innominada de control de la constitucionalidad (...)*”, y la SC decidió admitirla y declararse competente para conocer de una acción que no tiene vigencia ni consagración en el ordenamiento constitucional y legal venezolano y excedía del ámbito competencial de dicho órgano jurisdiccional.

⁴⁰ Sentencia de la SC número 93 de fecha 6 de febrero de 2001. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00124-130201-11529.HTM>, consultado en fecha 06 de julio de 2017.

diccional, colocándose por encima de la Constitución, con el único fin de declarar que “*El presidente constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, Nicolás Maduro Moros, es, en efecto, ciudadano venezolano por nacimiento que no posee otra nacionalidad*”.

5) Asimismo, en la interpretación del artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos de marzo de 2017, la SC violó el principio de separación de poderes, desde que se auto atribuyó todas las competencias legislativas exclusivas de la AN y la facultad de delegarlas en quienes y cuando lo considere conveniente; y además, otorgó competencias legislativas al Presidente de la República, a quien le ordenó ejercerlas por encima de la reserva de las competencias del órgano legislativo.

En efecto, en sentencia número 156 del 29 de marzo de 2017, mediante un recurso de interpretación del mencionado artículo, la SC asumió inconstitucionalmente el ejercicio de todas las competencias del parlamento, en los siguientes términos:

“...mientras persista la situación de desacato y de invalidez de las actuaciones de la Asamblea Nacional, esta SC garantizará que las competencias parlamentarias sean ejercidas directamente por esta Sala o por el órgano que ella disponga, para velar por el Estado de Derecho.”⁴¹

En la misma sentencia número 156, la SC le atribuyó la potestad de legislar al poder ejecutivo, en materias de la Ley de Hidrocarburos, propias de la reserva legal, de conformidad con los artículos 156.16 y 187.1 de la Constitución, disponiendo que:

“sobre la base del estado de excepción⁴², el Jefe de Estado podrá modificar, mediante reforma, la norma objeto de interpretación, en correspondencia con la jurisprudencia de este Máximo Tribunal” (ver sentencia número 155 del 28 de marzo de 2017).

Como señala Brewer-Carías, “*sin referencia alguna a la materia de hidrocarburos*”, la SC ratificó, irónicamente que “*para velar por el Estado de Derecho*” cuyos remanentes cimientos fueron pulverizados con la misma sentencia, todas las competencias que la Constitución y las leyes atribuyen a la AN, serán ejercidas directamente por la SC; y no sólo eso, también “*por el órgano que ella disponga*” auto atribuyéndose un poder universal de delegar y disponer de las funciones legislativas de la Asamblea, y decidir a su arbitrio cuál órgano del Estado va a legislar en algún caso, o cuál órgano va a controlar, en otro”.

⁴¹ Allan Brewer-Carías, “El reparto de despojos: La usurpación definitiva de las funciones de la Asamblea Nacional por la SC del Tribunal Supremo de Justicia al asumir el poder absoluto del Estado. (Sentencia N° 156 de la SC)”, *Revista de Derecho Público*, número 149-150, (enero-junio 2017), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017. P. 299.

⁴² Decretado inconstitucionalmente por la propia SC en la sentencia citada número 155 del día anterior, 28 de marzo de 2017.

La sentencia comentada otorgó al Presidente de la República toda clase de poderes, en violación del principio de separación de poderes y además, eliminó el sistema de controles establecidos en la Constitución.⁴³

El asombro y rechazo, tanto a nivel nacional como internacional, que produjo la publicación de dicha sentencia fue de tal magnitud que el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos también se pronunció al respecto, en su Resolución 1078 del 3 de abril de 2017, declarando lo siguiente:

*“Las decisiones del Tribunal Supremo de Venezuela de suspender los poderes de la Asamblea Nacional y de arrogárselos a sí mismo son incompatibles con la práctica democrática y constituyen una violación del orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela [y que]. A pesar de la reciente revisión de algunos elementos de dichas decisiones, es esencial que el Gobierno de Venezuela asegure la plena restauración del orden democrático”.*⁴⁴

Todo ello ocasionó que el Consejo Nacional de la Defensa venezolano -en exceso de sus funciones consultivas en materia de defensa, consagradas en el artículo 323 de la Constitución-, exhortara a los Magistrados de la SC a “revisar” su decisión (una medida que tampoco está respaldada en el ordenamiento jurídico venezolano), tras lo cual la SC acató⁴⁵ dicho “exhorto” y dictó sentencia aclaratoria para “corregir los excesos cometidos en ella” (aunque sin enmendar los vicios estructurales que la afecta), en completa violación del principio de separación de poderes y del ordenamiento jurídico vigente⁴⁶.

Como es evidente, la exhortación del Consejo Nacional de la Defensa hizo notoria la injerencia flagrante de las competencias del poder ejecutivo en el poder judicial.

6) Mediante la sentencia número 324 del 27 de agosto de 2019, la SC usurpó las funciones legislativas propias de la AN, al crear un régimen electoral universitario no previsto en la Ley de Universidades ni en la Ley Orgánica de Educación.

Ciertamente, la SC, en violación de los artículos 156, numerales 24 y 32, y 187, numeral 1, de la Constitución, estableció un “régimen transitorio para la elección de las autoridades de la Universidad Central de Venezuela, que permita

⁴³ Declaración de las Academias Nacionales ante las Sentencias 155 y 156 de la SC, de fecha 31 de marzo de 2017, Disponible en: www.acienpol.org.ve

⁴⁴ Vid: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-022/17

⁴⁵ Gaceta Oficial número 41.127 de fecha 3 de abril de 2017.

⁴⁶ No es necesario enfatizar la violación del artículo 252 del CPC venezolano, el cual dispone que: “Después de pronunciada la sentencia definitiva o la interlocutoria sujeta a apelación, no podrá revocarla ni reformarla el Tribunal que la haya pronunciado...”, y del artículo 3 de la LOTSJ, de acuerdo al cual las sentencias del máximo tribunal de la República no son susceptibles de ser revisadas ni modificadas.

la elección de las autoridades universitarias con período académico vencido en un plazo de seis (6) meses (...).”.

Solo la AN tiene la potestad de legislar en esta materia. Solo a través de ley, dictada en conformidad con las garantías del procedimiento parlamentario establecido en los artículos 202 y siguientes de la Constitución, deben ser reguladas las materias del Poder Público Nacional por la AN y los derechos constitucionales.

La violación de este principio es contraria al Estado de Derecho, que es vulnerado en su esencia cuando se arrebató al parlamento, órgano de la representación popular, la facultad de dictar las normas limitativas de los derechos y garantías constitucionales.

Como consecuencia de lo anterior, la sentencia número 324 violó el principio de separación de poderes, establecido en el artículo 136 de la Constitución, al ejercer las funciones propias, exclusivas y excluyentes de la AN, cuando “*haciendo uso de sus amplias potestades cautelares*” decidió fijar un régimen universitario electoral completamente nuevo, por lo que dicha sentencia, por disposición del artículo 138, es nula de nulidad absoluta.

Asimismo, a través de la sentencia número 324 se trasgredieron las competencias que la Constitución y la ley le otorgan a la SC, las cuales están establecidas en los artículos 336 de la Constitución y 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, de modo que se violó el principio de legalidad establecido en el artículo 137 de la Constitución.

De otra parte, la SC delegó al Consejo Nacional de Universidades las mismas facultades que ella se había auto atribuido, al determinar que sea éste el que decida respecto de las universidades distintas a la Universidad Central de Venezuela en lo que respecta al cronograma y régimen de elecciones de autoridades universitarias, violando de esta forma la reserva legal que abarca la regulación del derecho y servicio público de educación, consagrada en los artículos 156, numerales 24 y 32, y 187, numeral 1, de la Constitución.

7) Mediante sentencia número 68 del 05 de junio de 2020 la SC delegó en el CNE potestades legislativas propias y exclusivas de la AN, como lo son legislar en materia de elecciones, en violación de los artículos 156.32 y 187.1 de la Constitución.

En efecto, la SC además de establecer la desaplicación por control difuso con efectos erga omnes (como si se tratara del ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad) de los artículos 14, 15, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182 y 186 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, a través de las sentencias ordenó al CNE “*que, como consecuencia de la desaplicación declarada, PROCEDA A ASUMIR EL DESARROLLO NORMATIVO pertinente, de conformidad con los lineamientos señalados en el presente fallo*”.

En usurpación de las potestades legislativas de la AN, la SC “*habilitó*” al CNE a “*llenar el vacío normativo*” ante la “*laguna generada como consecuencia de la desaplicación con efectos erga omnes*”, “*mediante la potestad reglamentaria que le confiere el cardinal 1 del artículo 293 constitucional*”.

Esta pretendida delegación normativa es totalmente inconstitucional por cuanto por disposición constitucional, la AN es el único órgano legitimado para dictar leyes en materia de elecciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 187, numeral 1 y 156, numeral 32 de la Constitución, por lo que no podría el CNE invadir esta potestad propia del poder legislativo.

Sin embargo, con motivo de la referida sentencia número 68, los integrantes del CNE inconstitucionalmente designados por la SC, en fecha 30 de junio de 2020, dictaron la Resolución número 200630-0024 que contiene el “*Reglamento especial para regular la elección de la representación indígena en la Asamblea Nacional 2020*”, el cual tiene por objeto “*regular la elección de las y los integrantes de la Asamblea Nacional por los Pueblos y Comunidades Indígenas en ejercicio del derecho a la participación política, de conformidad con sus costumbres y prácticas ancestrales y lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley*”, de conformidad con el artículo 1 de dicho Reglamento. Este Reglamento, como hemos señalado en otra oportunidad⁴⁷ es completamente inconstitucional por cuanto:

- i. Fue dictado por un órgano inconstitucional e ilegalmente conformado (artículo 296 de la Constitución).
- ii. Usurpa las potestades legislativas de la AN (artículos 156.32, 186 y 187.1 de la Constitución).
- iii. Viola el plazo constitucional para la modificación de la legislación electoral (artículo 298 de la Constitución).
- iv. Viola el principio de votación directa y secreta (artículos 23.b de la Convención Americana de Derechos Humanos, 25.b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 63 y 186 de la Constitución).
- v. Viola el derecho a la postulación por iniciativa propia y a través de partidos políticos, y el derecho de participación política (artículos 23.a de la Convención Americana de Derechos Humanos 62 y 67 de la Constitución).
- vi. Viola la reserva legal en materia de elecciones por la imposición de condiciones de elegibilidad no establecidas en la Constitución ni en la ley (artículos 186 y 188 de la Constitución).

⁴⁷ Rafael Badell Madrid, “Consideraciones sobre la inconventionalidad e inconstitucionalidad de la eliminación del voto directo y secreto en el Reglamento especial para regular la elección de la representación indígena en la Asamblea Nacional 2020”. En *Estudios sobre la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las elecciones parlamentarias de 2020*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020. Pp. 225-256

vii. Viola el principio de igualdad (artículos 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 21 de la Constitución).

Reiteramos: el poder público no puede ser organizado, sino a través de leyes dictadas por la AN.

8) Mediante sentencia cautelar número 78 del 07 de julio de 2020, la SC, usurpó las potestades propias, exclusivas y excluyentes de la AN establecidas en los artículos 156.13 y 187.1 de la Constitución, al otorgarle competencia al Vicepresidente Sectorial del área Económica y Ministro del Poder Popular de Industrias y Producción para coordinar los parámetros dentro de los cuales los estados y municipios ejercerán su potestad tributaria, y “*en particular, para armonizar lo referido a los tipos impositivos y alícuotas de los tributos*”, en violación del principio de separación de poderes, consagrado en el artículo 136 de la Constitución.

En efecto, la regulación en materia de coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias forma parte de la “reserva legal del Poder Nacional”, lo que significa que sólo mediante ley formal, acto sancionado por la AN como cuerpo legislador, según el artículo 202 de la Constitución, y mediante el cumplimiento del procedimiento de elaboración de las leyes especialmente establecido en la Constitución, puede legislarse sobre esta materia.

4. DESDEMOCRATIZACIÓN

El Estado venezolano, tal como lo dispone el artículo 2 de la Constitución, es un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia. La democracia es un principio jurídico fundamental inherente a la esencia misma del Estado Constitucional. Para que exista legitimidad democrática del poder, debe tutelarse y garantizarse la participación efectiva de los ciudadanos y agrupaciones en la actividad política, así lo dispuso el artículo 2 de la Carta Democrática Interamericana.

En efecto, la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo, además de ser un derecho es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia (véase artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana).

Hay que hacer énfasis en que “Cuanto mayor sea el nivel de participación de los ciudadanos en los procesos políticos y sociales de un país, más democrático es un sistema”, de modo que los sistemas democráticos se sustentan en la existencia de mecanismos que verdaderamente garanticen la participación ciudadana⁴⁸.

Pero además de la participación ciudadana, la democracia exige, entre otros factores: gobernantes electos, elecciones libres y frecuentes, libertad de expresión, existencia de fuentes alternativas de información, autonomía asociativa, etc.

⁴⁸ Héctor Fernández Masís, “El proceso electoral”, en *Revista de Derecho Electoral* número 1, Primer Semestre, Costa Rica, 2005. P.17. Disponible en: <http://www.tse.go.cr/revista/art/1/fernandez.pdf> 37

Recordemos que la democracia es un “proceso dinámico que siempre corre el riesgo de retroceder; esto es, de desdemocratizarse”⁴⁹. La desdemocratización supone entonces la dinámica opuesta a la democratización, es decir, un proceso que deteriora constantemente la naturaleza democrática de las instituciones del Estado.

La SC ha constituido un factor fundamental en este proceso de desdemocratización del país. Ciertamente, la SC desdemocratizó el país cuando obstruyó reiteradamente el ejercicio de las funciones propias de la AN, máximo representante democrático de la voluntad popular. Además, violó los principios básicos democráticos al autorizar la convocatoria de una AN Constituyente unilateralmente convocada por el presidente de la República sin ningún tipo de consulta popular, y por ende, sin participación de la soberanía popular y que en lugar de tener por fin la redacción de un nuevo texto constitucional, como establece la Constitución como competencia única para este tipo de órgano, lo que se pretendía y a lo que se dedicó fue a dictar leyes denominadas inconstitucionalmente “leyes constitucionales” (categoría inexistente en el ordenamiento jurídico venezolano) y a usurpar las funciones del parlamento, todo con la anuencia de la SC.

La SC desdemocratiza el Estado también cuando usurpa las funciones constitucionales de la AN al modificar normas legales a través de la jurisdicción normativa, al designar titulares de los órganos constitucionales, al aprobar la ley del presupuesto y juramentar inconstitucionalmente al Presidente de la República, entre otros actos. También desdemocratiza el Estado cuando censura los medios de comunicación (radios, televisoras, diarios). Desdemocratiza el Estado cuando interviene los principales partidos políticos del país, entre otras muchas inconstitucionales actuaciones.

4.1. *Usurpación de la facultad de nombrar altos funcionarios*

La elección de los integrantes de los órganos que ejercen el poder público, Contraloría General de la República, Fiscalía General de la República, CNE, TSJ, son actos de especial importancia para el correcto desenvolvimiento del derecho a vivir en democracia, consiste en designaciones de funcionarios que si bien no son elegidos a través de la elección popular, como es el caso de los diputados a la AN, Presidente, Gobernadores y Alcaldes, deben ser designados por el órgano legislativo y solo por éste, que es el único que representa la voluntad popular.

Ha de cumplirse un procedimiento constitucional especial, unas mayorías especiales, y, el cumplimiento de un procedimiento que está en la propia Constitución, la justificación de estas elecciones en la doctrina conocida como elección

⁴⁹ Véase José María Infante, “Reseña de “DEMOCRACY” de TILLY, CHARLES”, en *Trajectorias*, vol. X, núm. 27, julio-diciembre, 2008, Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Nuevo León, México, 2008. pp. 123-124. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/607/60712752014.pdf>

de segundo grado, se encuentra en que el órgano legislativo, es el único órgano que puede endosar su dignidad democrática a los órganos de segundo grado.

Su legitimidad democrática se la traspassa a estos funcionarios constitucionales y a las leyes que ella dicta, de modo que no es lo mismo el funcionario designado por un órgano electo de primer grado, que el funcionario que designa sea un órgano de segundo grado como es el TSJ, en SC, que no tiene esa competencia.

Aquí de nuevo, la plasticidad de un principio tan importante que es nada menos que el contenido en el artículo 5 de la Constitución, el de la soberanía popular. La designación de estos funcionarios de segundo grado son ejercicios y actualizaciones de este principio de la soberanía.

Por eso el artículo 296 de la Constitución dice “Los integrantes del Consejo Nacional Electoral serán designados por la AN con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes”, y luego a reglón seguido establece el procedimiento que permite cumplir los artículos 5, 6, 62, 63, y 70 de la Constitución, para darle la participación al electorado, para darle la participación a los administrados, para que mediante el comité de postulaciones, mediante todo ese procedimiento se garantice el principio democrático indispensable que debe tener el CNE.

Es el momento ahora para referirnos a la sentencia número 70 del 12 de junio de 2020, mediante la cual la SC declaró “*Que el desacato de la Asamblea Nacional se mantiene de forma ininterrumpida*” y procedió a designar a los integrantes del CNE, en exceso de sus facultades de decisión de un recurso por omisión legislativa.

Esta sentencia es un ejemplo notable de la desconstitucionalización realizada por la SC respecto de las normas que rigen la conformación de los órganos constitucionales, y constituye, lamentablemente, una práctica reiterada de los jueces constitucionales en Venezuela.

En efecto, al igual que lo hizo en sentencias del 13 de diciembre de 2016, en la del 26 de diciembre de 2014 y antes en los años 2005 y 2003, la SC reitera su conducta de excederse en la facultad constitucional establecida en el artículo 336.7 de la Constitución, el cual sólo le atribuye la competencia para declarar la omisión legislativa, y de ser el caso, pronunciarse sobre los lineamientos necesarios para su corrección, y en esta oportunidad en tal exceso nombró a los rectores del CNE.

Conforme a la norma constitucional, la SC, en ejercicio de la jurisdicción constitucional, tiene la competencia para “*Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.*” (artículo 336.7 de la Constitución).

Se desprende de la referida norma que el juez constitucional está limitado en la decisión del recurso de omisión constitucional a, de una parte, declarar si existe o no la llamada omisión, es decir, el incumplimiento por inacción de una norma constitucional que ordena al órgano legislativo (nacional, estatal o municipal) realizar determinada actuación; y de otra parte, en el supuesto de declarar la omisión, establecer un plazo determinado para que el órgano que incurrió en omisión inconstitucional realice la actuación omitida y, de ser necesario, determinar los lineamientos para corregir dicha omisión.

No puede la SC dictar las normas omitidas ni otros actos parlamentarios sin forma de ley. No es propio de un Estado Democrático de Derecho que un cuerpo distinto al parlamento que es el representante de la voluntad general, sea el que dicte las leyes, “*es la esencia de la soberanía popular*”.

En efecto, para decidir el recurso por omisión legislativa el juez constitucional tiene la obligación no sólo de hacer eficaz el precepto constitucional que ha exhortado el desarrollo legislativo que se omite, sino también de reparar la inconstitucional omisión, sin violar el principio de división de poderes o la libertad del legislador.

La Constitución no permite a la SC designar altos funcionarios públicos cuyo nombramiento está atribuido exclusivamente a la AN. En efecto, el artículo 336.7 de la Constitución, como hemos señalado anteriormente, sólo atribuye a la SC la competencia para declarar la omisión legislativa, y de ser el caso, pronunciarse sobre los lineamientos necesarios para su corrección. En ningún supuesto se admite que la SC lleve a cabo las funciones propias del órgano parlamentario (estatal, municipal o nacional) de cuya omisión esté conociendo o declarando.

Ahora bien, la SC procede a “falsear” la norma constitucional relativa a la omisión legislativa cuando asume la competencia de designar a los funcionarios del CNE, desconociendo a su vez las normas constitucionales que establecen expresamente que es el órgano parlamentario el encargado de designar los rectores del CNE (artículos 295 y 296 de la Constitución).

De otra parte, para decretar la omisión legislativa hay que cumplir un procedimiento establecido en los artículos 128 al 145 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, es lo que se denomina el debido proceso previsto en el artículo 49 de la Constitución. Ese procedimiento tampoco lo cumplió la SC y optó por decidir el asunto de pleno derecho. La SC violó el alcance y la naturaleza del recurso por omisión legislativa establecido en la Constitución, es decir, todo lo que está a su paso es acomodado como una plastilina para eliminar las potestades de la AN y convocar a unas elecciones que son totalmente inconstitucionales.

4.2. *Convocatoria de una Asamblea Constituyente sin la aprobación de la voluntad popular*

La SC, en renuncia al deber que tiene de garantizar la supremacía de la Constitución y desconociendo los postulados básicos del Estado democrático por

los cuales la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, avaló la acción inconstitucional y unilateral del Presidente de la República de convocar una AN Constituyente mediante Decreto presidencial.

Así pues, mediante sentencia número 378 de fecha 31 de mayo de 2017, en “interpretación constitucional” de los artículos 347 y 348, determinó que “*no es necesario ni constitucionalmente obligante, un referéndum consultivo previo para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, porque ello no está expresamente contemplado en ninguna de las disposiciones del Capítulo III del Título IX.*”

En efecto, a través de la decisión número 378, la SC confundió gravemente, como lo hizo el Presidente de la República mediante Decreto número 2.830 del 1º de mayo de 2017, la iniciativa con la convocatoria de una ANC, ambas desarrolladas en los artículos 347 y 348 de la Constitución. En este sentido, es preciso señalar que al referido artículo 347 se le da como título el de “Convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente”, mientras que al artículo 348 de la misma Constitución se le denomina “Iniciativa de Convocatoria”, porque éste establece que la iniciativa de convocatoria puede ser tomada por el Presidente, la AN, los Concejos Municipales y un 15% de electores, en tanto que el artículo precedente se refiere a la decisión misma de la convocatoria que corresponde sólo ser decidida por la mayoría popular, única titular de la soberanía.

Ahora bien, la SC desconoció que el depositario del poder constituyente originario es el pueblo, de conformidad con lo establecido en el artículo 347 de la Constitución; y pese a que los poderes constituidos, de conformidad con el artículo 348 constitucional, sólo pueden promover tal convocatoria para que se consulte mediante un referendo al pueblo sobre si quiere o no convocar a una ANC, esa Sala les concedió la facultad de convocar directamente un proceso para la transformación del Estado y del ordenamiento jurídico.

En efecto, la SC, tras la lectura aislada de las normas (artículo 347 y 348 de la Constitución) equipara al presidente con el pueblo, desconociendo que en una democracia la soberanía reside en el pueblo⁵⁰.

La decisión plantea el absurdo de que entonces todos los que como el Presidente tienen la iniciativa podrían ser convocantes, así: la AN, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; los Consejos Municipales en cabildos, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; y el quince por ciento de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral. El absurdo es entre otras cosas la fragilidad de una Constitución, si todos estos actores pueden con su sola voluntad convocar un proceso constituyente y aniquilar el Estado de Derecho y sus instituciones. Absurdo, además, porque este argumento hecho a la

⁵⁰ Ramón Escovar León, “Noción de pueblo en las bases comiciales y en la sentencia N° 378 de la SC”, en *XLIII Jornadas J.M. Domínguez Escovar: La ausencia de juridicidad en el sistema legal venezolano*, Instituto de Estudios Jurídicos Ricardo Hernández Álvarez, Unidad Académica del Colegio de Abogados del Estado Lara. Barquisimeto, 2018. p. 37.

medida presidencial choca con el poder de iniciativa que al 15% de los electores se otorga, caso en el cual la sentencia sin razonamiento alguno pero en vista de la absurdidad de la consecuencia que ello implicaría dice que no se aplica a ese supuesto⁵¹.

La SC, interpretando aislada, errónea y literalmente los artículos 347 y 348 de la Constitución, despojó con su fallo al pueblo del ejercicio exclusivo e intransferible de la soberanía, consagrado en el artículo 5 de la Constitución, y le otorgó al Presidente de la República, Nicolás Maduro, el poder constituyente originario, cuyo único depositario en derecho es el pueblo de Venezuela, artículo 347 de la Constitución, al concederle la facultad de convocar una ANC. Mediante la sentencia número 378 se terminó de concretar la usurpación del derecho del depositario del poder constituyente de decidir si convoca o no una ANC, y se violaron los principios de democracia y soberanía establecidos en los artículos 2, 3, 5, 63, 70, entre otros, de la Constitución, concretando la inconstitucionalidad y la ilegitimidad en el origen de la ANC.

4.3. *Intervención de los partidos políticos*

Se añade como un ejemplo más de la desdemocratización impulsada desde la SC, la intervención de los principales partidos políticos de oposición en el país a solo pocos meses de las irritas elecciones parlamentarias celebradas el 06 de diciembre de 2020.

Mediante sentencias números 71, 72 y 77, de fechas 15, 16 de junio y 07 de julio de 2020, respectivamente, la SC decidió decretar “medidas cautelares” de intervención de los partidos políticos Acción Democrática, Primero Justicia y Voluntad Popular, que incluyeron la suspensión de la dirección nacional de dichos partidos, la designación de las juntas directivas de cada uno de esos partidos políticos con el objeto de llevar a cabo su reestructuración, y además, suspendió de manera provisional los actos de expulsión o exclusión partidista, suspensión, entre otros, efectuados por los directivos de la dirección nacional política de dichas organizaciones con fines políticos contra sus militantes.

A través de estas medidas cautelares, la SC violó el derecho constitucional de asociación con fines políticos y el derecho a la participación política, y, en consecuencia, violan los principios y valores democráticos de libertad y el pluralismo político establecidos en los artículos 2, 5, 6, 62, 64, 67 y 70 de la Constitución y 1, 3 y 6 de la Carta Democrática Interamericana.

Aquí entonces el elenco de violaciones es de más de veinte disposiciones constitucionales, por medio de las cuales de la misma forma y con la misma fina-

⁵¹ Para mayor profundidad consultar Rafael Badell Madrid, “Régimen jurídico del proceso constituyente en la Constitución de Venezuela”, publicado en Allan Brewer-Carías / Carlos García Soto (compiladores), “Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017”, Editorial Temis, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá/Caracas, 2017., pp.137-204. Publicado también en la página web de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales: <http://www.acienpol.org.ve/Default.aspx>

lidad se destruyen los principios relativos a los valores democráticos, la libertad, el pluralismo político y las violaciones a la naturaleza y el alcance del medio de impugnación. En este caso la plasticidad se utilizó en el amparo constitucional para la protección de los intereses colectivos y difusos, al dictarse una sentencia que tiene carácter personal, todo lo contrario a lo que es la protección de intereses difusos o colectivos.

La protección de intereses colectivos o difusos suponen que el daño no se concreta en un individuo particular, sino en la colectividad, sin embargo, aquí por la vía del control difuso se nombraron nuevas autoridades en los partidos políticos, en algunos casos los mismos demandantes quedaron instituidos cautelarmente como nuevas autoridades, y se violó todo el régimen de deliberación que debe haber en esos partidos políticos.

5. CONCLUSIONES

La SC ha desconocido la fuerza normativa de la Constitución, a través del ejercicio de medidas y facultades que la Constitución no contempla, a través de una interpretación acomodada de la norma constitucional, contribuyendo a la llamada “*erosión de la conciencia constitucional en la sociedad*”, lo que no es otra cosa que “*la pérdida de prestigio de la constitución en la comunidad*”, es decir, la pérdida del interés en la Constitución, y por tanto de su valor efectivo para el pueblo⁵².

La SC ha utilizado sus poderes de juez constitucional como militante político del régimen. En lugar de releerse la Constitución para profundizar los principios y valores constitucionales y para ratificar los principios democráticos y en general interpretar las normas que regulan los derechos y libertades de forma progresiva y favorable a los ciudadanos, la SC ha sido el facilitador indispensable del proceso de desmontaje de la Constitución de 1999 y del falseamiento del Estado de derecho. Ha deslegalizado y desdemocratizado al Estado.

De manera que queda hoy claramente establecido lo que con palabras muy elocuentes señala el informe de la ONU: “*154. El Tribunal Supremo ha dejado de funcionar como un control independiente de los demás poderes del Estado. En particular, la Sala Constitucional tiene amplias facultades para anular las decisiones de todos los demás poderes del Estado*”⁵³, esto es, que la SC se ha convertido en el auxiliador necesario, en el cómplice imprescindible en esta labor de ir destruyendo todo el Estado de Derecho y darle una explicación diaria acomodaticia a lo que ha de entenderse por el alcance o el propósito de cualquier norma.

⁵² Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución* (trad. por Alfredo Gallego Anabitarte), Ariel, Barcelona, 2ª. ed., 1976, p. 231. Cit. en Néstor Pedro Sagüés, ob. cit. p. 190.

⁵³ Informe de fecha 15 de septiembre de 2020 del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU), sobre Venezuela. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf

III PARTE

DESLEGALIZACIÓN

5. EL FALSEAMIENTO DE LA LEGALIDAD (Ponencia en la *Opening Session* del WJC celebrada en Caracas el 11/03/2021, dedicada al “Falseamiento del Estado de Derecho”)

Manuel ARAGÓN REYES*

1. ADVERTENCIA PRELIMINAR

He optado por redactar esta ponencia con fidelidad a su necesaria extensión limitada y al carácter coloquial y directo de su exposición. De ahí que renuncie a las citas doctrinales y jurisprudenciales propias de un estudio académico, así como a la extensión que éstos suelen tener. Además, creo que, de esa manera, el texto será más fácilmente comprensible por quienes, no siendo juristas, accedan a él, sin que su brevedad y la ausencia de citas merme en modo alguno la adecuada comprensión del texto por quienes sí sean juristas profesionales, pues tratándose aquí de temas nucleares y básicos de su saber, ha de presumirse que dominan sobradamente la materia y que dichas citas, por ello, serían ociosas por perfectamente conocidas por cualquier estudioso del Derecho bien informado.

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN SENTIDO AMPLIO

Desde un punto de vista material, que identifica la “legalidad” con la “normatividad”, cabe entender que, en tal sentido, el principio de legalidad supone, de

* Catedrático emérito de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.
Magistrado emérito del Tribunal Constitucional de España.
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

un lado, la sumisión positiva de los poderes públicos al Derecho, de manera que sus actos han de descansar necesariamente en las atribuciones que el Derecho les confiere y, de otro, la sumisión negativa de los ciudadanos al Derecho, porque no deben quebrantar las restricciones u obligaciones que el Derecho les imponga. En este sentido amplio, pues, el principio de legalidad no es otra cosa que la base jurídica que sustenta al Estado de Derecho.

Como no existe, realmente, sumisión al Derecho si no se cuenta con garantías efectivas de su cumplimiento, el control aparece como condición imprescindible para que pueda hablarse, con propiedad, de Estado de Derecho. Controles de todo género: sociales, políticos y jurídicos, pero, en especial, control judicial, que es el control objetivo irrenunciable. No hay Derecho, ni derechos, sin jueces independientes que los tutelen. De ahí que la existencia de un control jurisdiccional llevado a cabo por una organización judicial independiente (condición para la objetividad de su control) sea un requisito necesario para que exista un auténtico Estado de Derecho. Su falseamiento, en consecuencia, puede producirse tanto cuando el Derecho no cumple la doble función que tiene el principio de legalidad en el sentido amplio que se está describiendo, como cuando se falsea el control jurisdiccional, bien porque los jueces no sean independientes del poder político, bien porque los jueces se extralimiten en el cumplimiento objetivado de su control.

Ahora bien, este examen amplio del falseamiento del Estado de Derecho es justamente el objetivo de la *Opening Session* que celebramos, y que se desarrollará mediante las diversas ponencias que en este acto se van a exponer. Entre ellas, las que me han antecedido, pues la primera consecuencia del principio de legalidad en sentido amplio es la sumisión a la norma suprema que encabeza el ordenamiento jurídico: la Constitución. Y, en consecuencia, el mayor riesgo que corre el Estado de Derecho es el falseamiento del principio de constitucionalidad.

Este falseamiento puede consistir tanto en que la Constitución no cumpla con la función que ha de desempeñar, porque no establezca una limitación del poder ni garantice la libertad (es decir, porque no sea una auténtica Constitución, aunque así se la denomine oficialmente: Constitución meramente semántica), cuanto en que, pese a tener la Constitución un contenido adecuado, no sea efectivamente cumplida por los poderes públicos (Constitución meramente nominal, es decir, en el fondo, como se ha dicho en frase célebre, una “hoja de papel que el legislador puede reescribir a su capricho”), sin que rijan las garantías jurídicas que aseguren dicho cumplimiento, bien por carencia de ellas o bien por la falta de independencia de los controles jurisdiccionales al servicio de dichas garantías.

A ello ya han dedicado, con solvencia, sus exposiciones los doctores Allan R. Brewer-Carías y Néstor Pedro Sagüés, y a los controles y, en especial a la exigencia de una justicia independiente, dedicarán sus exposiciones los ponentes que intervendrán después.

A mí me corresponde examinar un aspecto concreto del Estado de Derecho, el del principio de legalidad en sentido estricto, no en sentido amplio, así como a su falseamiento. Eso es lo que haré a continuación.

3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Considerado de manera restringida, al principio de legalidad ya no se identifica con la sumisión a la totalidad del ordenamiento, sino a uno de los tipos de normas que lo integran: las leyes, en su condición de normas primarias infraconstitucionales. En consecuencia, el riesgo que debo analizar no es el de la “desconstitucionalización”, sino en concreto el de la “deslegalización” o más exactamente, el de la degradación de la ley y del principio de legalidad que le acompaña. Y desde la perspectiva del control, tampoco trataré del falseamiento del control de constitucionalidad, sino del control de legalidad. Con una precisión añadida: no me referiré al falseamiento de ese control desde el punto de vista orgánico, pues a la justicia independiente se dedicarán otras ponencias, sino desde el punto de vista normativo, esto es, examinando cómo se falsean, a veces, por el poder político, las exigencias que en la producción de actos y de disposiciones impone el principio de legalidad.

Dicho lo anterior, conviene dejar claro lo que el principio de legalidad en sentido estricto significa, que es, como se sabe, la vinculación positiva del Ejecutivo y la Administración a la ley, de manera que sólo pueden hacer aquello que le ley les permite, y la vinculación negativa de los ciudadanos a la ley, de forma que pueden hacer todo (principio general de libertad que es la base de un ordenamiento democrático) menos lo que la ley les prohíbe.

De ahí se derivan una serie de consecuencias, primero en cuanto a la sumisión del poder a la ley, que son, de un lado, el entendimiento restrictivo de los supuestos de apoderamiento al Gobierno para dictar normas con fuerza de ley, bien por delegación parlamentaria, bien en situaciones de urgencia y, de otro, la interpretación también estricta, de la subordinación del reglamento a la ley, tanto porque no pueden entrar en materias reservadas a la ley, cuanto porque no puede modificar lo que las leyes hayan establecido sobre cualquier materia por ellas regulada. La reserva de ley y la subordinación completa del reglamento a la ley son, así, un requisito esencial del principio de legalidad.

Y en cuanto a la relación entre los ciudadanos y la ley, la consecuencia que se deriva es que sólo por ley pueden establecerse obligaciones ciudadanas, entre ellas, y no únicamente, las tributarias; que sólo por ley pueden limitarse (con apoyo constitucional, por supuesto, pues la las leyes han de respetar su contenido esencial) los derechos de los ciudadanos; y que sólo por ley pueden establecerse sanciones, ya sean penales o administrativas.

También del principio de legalidad se deriva una condición respecto de la misma ley: en un Estado democrático de Derecho, la ley ha de ser producto de

la voluntad democrática expresada en el parlamento, lo que significa, primero, que el parlamento ha de ser democrático, producto de elecciones por sufragio universal, libre, igual y secreto, transparentes, abiertas, sin restricciones, a la libre competencia entre partidos o agrupaciones ciudadanas, organizadas por una Administración electoral independiente y sometidas al control jurisdiccional; segundo, que en el procedimiento legislativo parlamentario no puede cercenarse el pluralismo político representado en la Cámara; y tercero, que los Gobiernos no pueden coaccionar, de ninguna manera, la autonomía legislativa de la Cámara.

Cuando cualquiera de todos estos requisitos, sobre la ley, y sobre las relaciones de la ley con el Gobierno y la Administración, se incumple, se falsea el principio de legalidad, que es lo que veremos a continuación.

4. EL FALSEAMIENTO DE LA LEGALIDAD POR SU USO INADECUADO

4.1. *En las situaciones de emergencia. La pandemia del Covid-19 como banco de prueba*

Las medidas públicas adoptadas para hacer frente a la pandemia sanitaria que desde hace un año se ha extendido de manera global nos ofrecen un buen ejemplo de acerca de cómo, a través de dichas medidas, ha podido falsearse la legalidad, en unos casos por el uso abusivo del Derecho de excepción y, en otros, cuando no se ha acudido a él, sino al Derecho de la normalidad para atajar la crisis, por el uso inadecuado de ese Derecho, pues ambos instrumentos jurídicos se han utilizado en determinados países en relación con la pandemia.

No voy a referirme con detalle a las condiciones constitucionales para la puesta en marcha del Derecho de excepción, pues ello sobrepasaría el objeto concreto de mi ponencia. Sólo advertiré que en el Estado constitucional y democrático de Derecho no son admisibles los apoderamientos constitucionales al Ejecutivo para actuar sin límites en situaciones de emergencia. Los plenos poderes, en definitiva, la dictadura constitucional (la vieja dictadura comisoraria del Derecho Romano) para hacer frente a situaciones de crisis (naturales, sanitarias, sociales, económicas o políticas) que por su gravedad no puedan ser resueltas a través del Derecho ordinario, no son fórmulas compatibles con un Estado constitucional y democrático de Derecho.

De ahí que los controles políticos propios del Estado democrático no deban ser abolidos en situaciones de excepción, ni tampoco los controles jurisdiccionales propios del Estado de Derecho. De manera que, desde el punto de vista de una correcta teoría constitucional, el Derecho de excepción ha de estar limitado, material y procedimentalmente. Si en algún país esto no se cumpliera, nuestra obligación de juristas es denunciarlo y proponer, de *constitutione ferenda*, su reforma.

Dicho lo anterior, no me ocuparé de los defectos de constitucionalización que aún existe en determinados países acerca del Derecho de excepción, pues ello no es cometido de mi ponencia, pero sí a los defectos de legalización que, incluso cuando el Derecho de excepción está correctamente previsto en la propia Constitución, se han venido produciendo como consecuencia de que las medidas adoptadas han excedido de las previsiones constitucionales. Ello ha ocurrido en algunos países. Por citar el caso que mejor conozco, me referiré a España.

En España, efectivamente, el texto constitucional cumple fielmente las condiciones teóricas del Derecho de excepción ya aludidas más atrás. Las situaciones de emergencia (en España: estados de alarma, excepción y sitio) están previstas en la Constitución (art. 116) de manera material y procedimentalmente limitada: el Gobierno, para declarar cualquiera de esas situaciones y poner en marcha el Derecho de excepción, y prorrogarlo, ha de contar con la intervención del Congreso de los Diputados, intervención también necesaria para sus prórrogas; tienen unos plazos exactos de vigencia (salvo, por razones elementales, el supuesto del estado de sitio); se asegura que durante la vigencia de esas situaciones no podrá disolverse el Congreso, ni interrumpirse su funcionamiento, así como tampoco el de los demás poderes constitucionales del Estado. Si bien, como es propio de las situaciones de emergencia, su declaración y prórroga pueden contener prescripciones limitativas de derechos fundamentales (e incluso de la distribución de territorial de competencias), sólo mediante los estados de excepción y de sitio (no el de alarma) podrán suspenderse algunos (tasados) de esos derechos (art. 55.1 de la Constitución). Creo, de manera objetiva, que España cuenta con uno de los Derechos de excepción más adecuados a lo que la teoría constitucional exige.

Sin embargo, si examinamos las medidas de emergencia adoptadas en España para hacer frente a la pandemia (todas bajo la cobertura del estado de alarma) cabe detectar un criticable apartamiento de lo que la Constitución prescribe. Así, en el primer estado de alarma declarado el 14 de marzo de 2020 y que, con sucesivas prórrogas, estuvo en vigor hasta el 21 de junio de ese año, no sólo se limitaron derechos, sino que también, a mi juicio, se suspendieron derechos (de libre circulación, reunión y libertad de empresa), que es algo que la Constitución no permite mediante el estado de alarma. Y en el segundo estado de alarma, declarado el 25 de octubre y aún en vigor, el Gobierno optó por delegar en las comunidades autónomas la determinación de las medidas limitativas a adoptar, algo que, en mi opinión, el Derecho constitucional de excepción no permite, además de que se haya prorrogado, no por quince días como la Constitución prevé, sino por ¡seis meses! hasta el 9 de mayo de 2021. No creo, además, que sirva, como excusa de esa exorbitante duración, el hecho de que el propio Congreso (por mayoría) la hubiera aprobado, pues la intervención parlamentaria cada quince días no es una potestad disponible por la propia Cámara, sino una obligación constitucional que a ella se le impone y por eso una potestad a la que no puede, en Derecho, renunciar.

Por otra parte, en el periodo intermedio entre esos dos estados de alarma, es decir, entre finales de junio y finales de octubre, en el que se optó por hacer fren-

te a la pandemia mediante la utilización, no del Derecho de excepción, sino del Derecho de la normalidad, el Gobierno endosó a las Comunidades Autónomas la responsabilidad de actuar escudándose en que el Estado carecía, en materia sanitaria, de competencias para ello, cuando resulta que eso manifiestamente no es así pues la Constitución, en esa materia, atribuye al Estado la competencia exclusiva para la legislación básica y la coordinación en todo el territorio nacional. Ello originó, además, la adopción, por reglamentos autonómicos, de medidas limitativas de derechos sin suficiente cobertura legal.

El control jurisdiccional capaz de corregir esos apartamientos de la Constitución está siendo ineficaz, pues, de un lado, en cuanto a las medidas que se tomaron durante la vigencia del Derecho de la normalidad, las reclamaciones judiciales ordinarias dieron lugar a resoluciones contradictorias en distintos ámbitos territoriales; y en cuanto a las medidas que se tomaron durante la vigencia del estado de alarma, los recursos de inconstitucionalidad (que son los que corresponde dada la fuerza de ley de las declaraciones y las prórrogas) que en su día se interpusieron aún están si resolver por el Tribunal Constitucional, retraso que quizás podría ser reprochable, pero que también se explica por la carencia, en la Ley Orgánica del Tribunal, de un procedimiento especial, preferente y sumario, dentro del proceso de inconstitucionalidad de las leyes, para las reclamaciones frente a la declaración y prórroga de los estados excepcionales.

Por lo demás, las consecuencias de todo orden (sanitarias, económicas y sociales) de estas actuaciones públicas (en uso de los poderes de excepción o de los poderes ordinarios), tan escasamente adecuadas a la Constitución, han sido patentes: un alto grado de ineficacia para hacer frente a la crisis. Cuando el Derecho se tuerce, el Derecho se venga, venganza que se traduce en inseguridad jurídica y, por ello, en inseguridad social por el incumplimiento de los fines a los que el Derecho ha de servir.

Pido disculpas por haberme extendido al examinar el caso español, pero me ha parecido necesario porque muestra un ejemplo de los defectos que, en plano de la legalidad, y para hacer frente a la pandemia, se han venido produciendo también en otros países, no de manera idéntica pero sí similar a lo sucedido en España, tanto si se ha hecho un uso no constitucionalmente adecuado del Derecho de excepción, como (y así ha sido en algunos países, entre ellos Alemania) si se ha acudido exclusivamente al Derecho de la normalidad (al Derecho ordinario). En ambos supuestos, estamos asistiendo, en el panorama internacional, a falseamientos, en mayor o menor grado, del principio de legalidad.

Cualquier jurista bien informado que haya observado con detenimiento las medidas públicas adoptadas para hacer frente a la pandemia ha podido detectar, en la mayoría de los países, lo que antes acaba de decirse: tanto el uso inmoderado del Derecho de excepción, en unos casos, adoptando medidas que exceden de lo que para ese Derecho la Constitución ha previsto, como, en otros, el desvío del Derecho de la normalidad, adoptando medidas de Derecho ordinario que se han

apartado de las reglas que, para el Derecho de la normalidad, también la Constitución prescribe. En este último caso, limitándose derechos de los ciudadanos sin suficiente cobertura legal, o ampliando indebidamente las competencias del poder Ejecutivo, con ruptura de la división y equilibrio de poderes que la Constitución determina. Y, en no pocos países, hibernando al parlamento, que debe ser, sin duda alguna, el centro de legitimidad del sistema (sea este presidencialista o parlamentario), y cuyos cometidos no deben burlarse, ni en el Derecho de excepción ni el Derecho de la normalidad.

4.2. *En la legislación gubernamental de urgencia*

Es común (o al menos, muy frecuente) que las Constituciones apoderen al Gobierno para adoptar normas con fuerza de ley por razones de urgencia. Esta figura, que no tiene nada que ver con el Derecho de excepción, pues pertenece al Derecho de la normalidad, precisa de garantías suficientes para que ese modo extraordinario de legislar no sustituya a la ley parlamentaria; así, respecto del presupuesto de hecho habilitante, la necesaria interpretación restrictiva de la urgencia y la necesidad de la posterior intervención parlamentaria, y respecto de las materias que pueden regularse, la exclusión de aquellas que afectan a las instituciones principales del Estado y a los derechos de los ciudadanos. Tales precauciones son indispensables para que el Gobierno no suplante al parlamento en la legislación y, en definitiva, para que esta legislación gubernamental no se convierta en un modo ordinario de legislar.

Sin embargo, sucede que en muchos países, desde hace tiempo, y no sólo con ocasión de la pandemia, se ha venido haciendo un uso abusivo de la legislación gubernamental de urgencia (en forma decretos-leyes o normas similares aunque no tengan esa denominación) con el indebido desplazamiento de la ley parlamentaria. La pandemia simplemente ha intensificado ese abuso, que venía de mucho más atrás. La conversión, de manera ordinaria, del Gobierno en legislador mediante el uso inmoderado de la legislación de urgencia supone, sin duda, un grave quebranto del Estado de Derecho, que, aparte de en la Constitución, descansa en la ley como expresión de la voluntad popular representada en las Cámaras.

Por acudir al ejemplo que más conozco, en España, al decreto-ley se ha acudido, en el último decenio, con una frecuencia igual o superior a la legislación parlamentaria, como he denunciado en mi reciente libro, *Uso y abuso del decreto-ley*; y en el último año, 2020, se han dictado 39 decretos-leyes frente a sólo 14 leyes parlamentarias. Estos datos de 2020 se refieren al Derecho ordinario, al margen del gran número de disposiciones dictadas en ejercicio de Derecho de excepción. El panorama de elusión del parlamento no puede ser más sombrío. Así como la suplantación del parlamento por el Gobierno no puede ser más reprochable. Cuando de manera usual y ordinaria el Gobierno se convierte en legislador, ese desvío del principio de legalidad resulta incompatible con el Estado constitucional y democrático de Derecho.

4.3. *En la legislación gubernamental por delegación parlamentaria*

La posibilidad, constitucionalmente admitida en determinados países, de que, por razones, no de urgencia, sino de complejidad técnica, el parlamento delegue en el Ejecutivo la facultad de dictar normas con fuerza de ley, puede originar un falseamiento de la legalidad si la delegación parlamentaria no impone límites exactos, tanto temporales (plazo tasado para el ejercicio de la delegación) como materiales (fijación de las bases o principios de los que no puede apartarse el resultado de la delegación).

Estas condiciones suelen darse en la mayoría de los casos, pero, no obstante, en algunos otros, puede observarse que la delegación parlamentaria es tan abierta que deja un amplio margen para la regulación gubernamental, con quebranto del significado de la ley (norma cuya capacidad de regulación no deriva de la voluntad del Gobierno, sino de la voluntad democrática expresada en el parlamento) y del sistema de división de poderes. Por supuesto que el falseamiento de la ley también se da cuando, existiendo tales límites en la delegación parlamentaria, estos no son observados por el Gobierno a la hora de poner en práctica dicha delegación.

De ahí la necesidad de que estén implantados los suficientes controles para remediar tales desvíos de la legalidad, en especial controles jurisdiccionales sobre la inconstitucionalidad de una ley parlamentaria de delegación sin límites y sobre la ilegalidad (y al mismo tiempo también inconstitucionalidad) de una regulación gubernamental que no cumpla con los límites de la delegación. El problema es que dicho falseamiento de la legalidad quedaría sin remedio si el control jurisdiccional fallara, bien por su indebida aplicación, bien porque ese control no reúna las condiciones de independencia y solvencia técnica que le dan sentido. Y esto está sucediendo en algunos países.

4.4. *En la degradación normativa de los preceptos legales*

Otro modo, cada vez más frecuente, de falseamiento de la legalidad consiste en el desvalor normativo de la propia ley. Me refiero a la redacción de preceptos legales que no contienen auténticas normas jurídicas (precisas, directamente aplicables) o principios jurídicos (“derecho condensado” del que cabe deducir, objetivamente, consecuencias normativas), sino mera proclamación de intenciones, o proposiciones tan indeterminadas o abiertas que, de un lado, dejan un espacio prácticamente en blanco al Ejecutivo para desarrollarlas y, por otro, no sólo impiden su aplicación inmediata, sino que, además, dejan un margen (de discrecionalidad y a veces de libertad) tan amplio a su comprensión que convierte a la interpretación de las mismas en una tarea prácticamente impredecible. Estas leyes, programáticas o meramente didácticas, suponen un modo inaceptable de legislar, no sólo por la abdicación que realizan del correcto ejercicio de la potestad legislativa parlamentaria con el consiguiente debilitamiento de la división de poderes, o por quebrantar la buena técnica legislativa, sino, lo que es peor, por

vulnerar el principio de seguridad jurídica. Los jueces, en esos casos, a la hora de interpretarlas, en lugar de ser los aplicadores de las normas se convierten, de hecho, en los libres creadores de ellas.

4.5. *En el activismo judicial*

En este caso no me refiero al activismo judicial derivado del carácter no estrictamente normativo de algunos textos legales, que hace que su interpretación sea una tarea prácticamente libre, que es lo que he examinado antes, sino al activismo judicial representado por determinadas actuaciones judiciales que, simplemente, no respetan la ley. Ello puede suceder cuando, sin apreciar su inconstitucionalidad, los órganos judiciales deciden no tener en cuenta a la ley en la resolución de los casos. Este es hoy un problema de muy especial relevancia y actualidad, porque, al margen de supuestos absolutamente criticables de libre apartamiento judicial del deber de sumisión judicial a la ley, lo que más frecuentemente suele suceder es que dicho apartamiento esté relacionado con una comprensión inadecuada del principio de constitucionalidad o del llamado principio de “convencionalidad”.

El principio de constitucionalidad, correctamente entendido, significa que para que una ley no se aplique por considerarse injusta ha de apreciarse primero su inconstitucionalidad (bien por el poder judicial ordinario en los sistemas de control difuso, bien por la jurisdicción constitucional en los sistemas de control concentrado). De manera que, sólo por ser inconstitucional y razonarse así, la ley, en tales casos, puede ser inaplicada (o anulada). Si no se cumple esa condición, el activismo judicial que pretende, al margen de la ley, realizar “justicia material” (ateniéndose a las convicciones políticas o morales del juez) y no “justicia formal” (respetando la ley y las formas que del Derecho prescribe) ha de entenderse inconciliable con el Estado constitucional y democrático de Derecho.

El llamado principio de “convencionalidad” significa el otorgamiento a los tratados internacionales (especialmente a los tratados sobre derechos humanos) de una fuerza similar a las Constituciones, de manera que el juez, ante la contradicción de una ley con uno de esos tratados, debe hacer prevalecer éste e inaplicar la ley que lo contradiga. Esta labor ha supuesto, sin duda, un paso adelante en la internacionalización de los derechos humanos, más aún cuando lo que se da es una “transnacionalización” de ellos por la existencia de convenios específicos de reconocimiento cuya fuerza de obligar está además garantizada por la existencia de tribunales a los que compete vigilar su interpretación y aplicación (casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Sin embargo, un uso inadecuado de ese principio puede llevar a desnaturalizarlo. Y así sucede cuando un juez nacional aparta a la ley por entenderla contradictoria con el tratado en supuestos no previstos exactamente por el tratado, o en casos en que la jurisprudencia de aquellos tribunales no está clara o no ha impues-

to de manera incondicionada la solución que el juez nacional pretende extraer de ella. O cuando, al existir contradicción entre el tratado y la Constitución nacional, no ha apelado primero al procedimiento debido para salvar dicha contradicción.

En tales casos (no infrecuentes hoy), el principio de “convencionalidad” no debe amparar la postergación judicial de la ley, pues ello significaría incumplir los deberes que el Estado de Derecho impone.

4.6. *En el uso de la potestad reglamentaria*

Desde hace años el Estado de Derecho está siendo gravemente amenazado en determinados países por la indebida expansión normativa de los reglamentos. Con esto no me refiero a que el número de reglamentos sea superior al de leyes, que ello es perfectamente comprensible por razones derivadas de la necesaria capacidad de intervención y regulación que han de tener los Ejecutivos en el Estado democrático de nuestro tiempo.

Lo que debe denunciarse es otra cosa: la regulación reglamentaria independiente de la ley, esto es, no subordinada a la ley. Y eso sucede cuando los reglamentos invaden la reserva de ley, o cuando modifican materias reguladas por la ley. Y puede ocurrir en cualquier campo de la actividad normativa, pero con mayor gravedad aun cuando recae sobre un ámbito especialmente sensible para al Estado democrático como es el de los derechos ciudadanos. Si, sobre cualquier materia, el reglamento no puede tener capacidad reguladora si no está apoderado por la ley, cuando se trata de derechos, el reglamento no puede, de ninguna manera, regular, pues sólo la ley es el instrumento debido para ello, de manera que, la tal materia, únicamente puede actuar, como complemento de ley, y siempre que la ley le haya habilitado expresamente para ello, en la regulación de cuestiones adjetivas y de detalle, no en cuestiones sustantivas. La ley no puede establecer habilitaciones en blanco a favor del reglamento.

Si la ley lo hiciera, estaría falseando el principio de legalidad. Falseamiento en el que también incurriría el reglamento si, con una habilitación legal vulneradora de ese principio, o sin habilitación legal alguna, introdujera reglas sustantivas en la regulación de los derechos de los ciudadanos. Este desprecio, por la misma ley de su función reguladora, o por el reglamento de la función de la ley que la Constitución determina, supone, como ante dije, una forma, lamentablemente extendida, de falseamiento del Estado de Derecho.

Y no cabe justificar esa actuación exorbitante de los reglamentos con el argumento (a veces utilizado) de que el poder ejecutivo recibe también una legitimación popular, ya que en el Estado constitucional democrático (ya sea presidencialista o parlamentario), la potestad legislativa no reside en el gobierno (que en todo caso, directa o indirectamente, sólo descansa en una fracción de la representación: la mayoritaria), sino en el parlamento (en el que está representado el pluralismo político y por ello toda la sociedad). En definitiva, no resulta admisible apelar al principio democrático para justificar un poder reglamentario

fuera de la ley, salvo que ese principio democrático se falsee y, con él, la división de poderes de la que no puede desligarse.

5. EL FALSEAMIENTO DE LA LEGALIDAD POR ABIERTA DESTRUCCIÓN DE LA MISMA

5.1. *La destrucción del Estado de Derecho*

El análisis que se ha venido haciendo con anterioridad está referido al falseamiento del principio de legalidad en Estados que cumplen, al menos en cuanto a sus características generales, con la condición de Estados de Derecho, aunque, desde el punto de vista del principio de legalidad, fallen o tengan defectos que conviene subsanar. Cosa bien distinta es el de los países en los que el Estado de Derecho no es que tenga defectos, sino que no existe, por haberse destruido, pese a que la Constitución que así lo proclame no haya sido formalmente abolida.

Ello ocurre en las mal llamadas “democracias iliberales”, y digo mal llamadas porque un término así encierra dos afirmaciones contradictorias. Democracia iliberal es un oxímoron, dado que democracia sin libertad no es democracia. Por eso prefiero en esos casos hablar de dictadura, que no deja de serlo porque haya eufemísticamente una norma denominada Constitución, cuando resulta que esa Constitución ha perdido su vigencia por haber sido derogada, de facto, por un sistema de poder político que se sostiene y actúa en abierta contradicción con ella. Si la Constitución ya no es la norma suprema, por haberse eliminado los controles que garantizan tal superioridad, en especial el control jurisdiccional independiente, y, en consecuencia, no puede cumplir con eficacia su doble fin de limitar el poder político y garantizar los derechos de los ciudadanos, lo que sucede es que ni hay Constitución ni hay Estado constitucional ni hay Estado de Derecho.

Aquí ya no nos encontramos con defectos de una realidad jurídica imperfecta que pueden, y deben, subsanarse, siendo nuestra obligación de juristas la de proponer las mejoras convenientes para ello; sino ante situaciones que, por ser abiertamente contrarias a los mismos fundamentos del Estado de Derecho, deben, sin concesiones, denunciarse y combatirse, auspiciando, no reformas concretas, sino su radical transformación. Función que debemos asumir, de manera firme, y por supuesto pacífica: utilizando las armas de la razón que son las propias de nuestra condición de juristas.

En un Estado democrático el poder público no puede estar por encima o al margen del Derecho, por la sencilla razón de que sólo dentro del Derecho pueden garantizarse la libertad y la igualdad y asegurarse una paz ciudadana asentada en la dignidad de las personas. En definitiva, sin el Estado de Derecho, ninguno de esos fines puede conseguirse.

De ahí que el Estado democrático, social y de Derecho sea un sistema en el que no cabe prescindir de cualquiera de sus tres elementos. Sólo mediante

el Derecho puede garantizarse la democracia. Sólo es legítimo el Derecho si es democrática su emanación y si el propio Derecho en sus contenidos cumple con la concepción material de la democracia. Sólo puede haber un Estado social efectivo si es, al mismo tiempo, democrático y de Derecho. Si así no sucede, lo que habrá, simplemente, será una dictadura, basada en la fuerza o disimulada bajo el manto de la demagogia. Hoy, aunque pervivan aún ciertos casos, no es ya la dictadura militar el modo más genuino de la tiranía, sino otro menos brutal, pero quizás más grave: el populismo, que es, por desgracia, una lacra extendida en el panorama político de nuestro tiempo.

Las consideraciones que anteceden están relacionadas con el principio de legalidad en sentido amplio y por ello no voy a extenderme más sobre ellas, pues exceden el ámbito concreto de mi ponencia. Sólo las he recordado porque el quebranto de la legalidad también se emplea como sinónimo del quebranto del Derecho, situación que históricamente pretendió eliminar el Estado constitucional, al propugnar que “el gobierno de los hombres” fuera sustituido por “el gobierno de las leyes”.

5.2. La destrucción de la legalidad

Ateniéndome, pues, al cometido de mi ponencia, de lo que ahora trataré es de la destrucción de la ley en su significación estricta, esto es, de la ley que debe emanar de la voluntad popular representada en el parlamento. En tal sentido, no pueden revestirse con el nombre respetable de la ley aquellas que, por carencia de un auténtico parlamento democrático, se producen en las dictaduras que aún existen, lamentablemente, en algunos lugares del mundo.

Pero tampoco merecen el carácter de leyes las que se dictan en un Estado con parlamento auténticamente representativo si éste ha sido falseado, pues resulta obvio que la ley se destruye si el parlamento ya ha sido destruido, bien por desapoderarle de sus potestades propias (entre ellas, y muy principalmente, la legislativa), bien por haberlo suspendido o suplantado. Lo que sucede si el poder político evita la renovación del parlamento a través de elecciones parlamentarias democráticas, transparentes y abiertas o si el poder político, para desactivar al parlamento democrático, crea al margen suyo una cámara no democrática que lo sustituya o invalide. La ley, en sentido constitucional-democrático, habría sido destruida, pues a las decisiones tomadas por un poder que ha suspendido o amordazado al parlamento o por una cámara que ilegítimamente lo hubiera suplantado, ya no puede llamárselas leyes, aunque así lo pretendieran.

Esta forma de destrucción de la ley se produce hoy en algún país iberoamericano, destacadamente en Venezuela, a la que sólo, eufemísticamente, podría calificarse de Estado constitucional democrático. Y aquí se revela muy bien la exactitud de un axioma constitucional: que la destrucción de la ley no significa sólo la destrucción de una fuente del Derecho, sino la del Derecho en su conjunto, o lo que es igual, que en el Estado democrático no pueden separarse al principio de legalidad en sentido estricto y el principio de legalidad en sentido amplio, pues cuando el primero se vulnera, también, inevitablemente, se vulnera el segundo.

El Estado de constitucional y democrático de Derecho no admite compartimentos estancos: si la ley cae también está cayendo la Constitución; si cae el parlamento democrático también está cayendo la democracia; si la independencia judicial no está garantizada, el Estado de Derecho desaparece.

Una sabia máxima del Derecho Romano, aplicable tanto a las relaciones privadas como a las instituciones públicas, dice así: “Vigilantibus non durmientibus iura succurrunt”. Esto es, “vigilando y no durmiéndose se protegen los derechos”. Los juristas debemos no olvidarla en el ejercicio de nuestro particular saber: que no es otro que enseñar y practicar las exigencias que el Estado de Derecho impone. Sólo una vigilancia constante puede impedir que el Estado de Derecho se malogre. Esa es nuestra responsabilidad. La de ejercer una vigilancia permanente para que las exigencias del Estado de Derecho sean observadas, por los particulares, pero sobre todo por los poderes públicos, denunciando los casos en ello no se haga y procurando su remedio, como nuestras propias y pacíficas armas, que no son otras que las de la razón.

6. CONCLUSIONES

Hoy el mundo está experimentando, en casi todos los lugares (aunque en algunos de manera más grave), un decaimiento de las razones del Derecho, o si se quiere, del buen Derecho, que no es otro que el constitucional-democrático. Cunden los extremismos, los fundamentalismos, los movimientos identitarios, la demagogia, en suma, pervirtiendo los principios nucleares de la democracia representativa y de la igualdad de derechos de todos los ciudadanos. A ello se suma un decaimiento de la división de poderes reflejado en la atonía de los parlamentos y en la prepotencia de del poder ejecutivo. Es cierto que, en algunos países, se está reaccionando frente a esa deriva (por ejemplo, recientemente en los Estados Unidos de América) y que en otros la infección todavía no ha llegado a producirse con intensidad, pero también es cierto que ese mal se extiende, amenazando a la forma política (la democracia constitucional) que ha deparado, históricamente, las mejores oportunidades para el progreso y la convivencia pacífica.

Puede que la democracia constitucional esté en crisis, pero de ella no se sale pervirtiéndola, sino mejorándola por medio de reformas que la aproximen a las necesidades de nuestro tiempo. Reformas para mejorar el funcionamiento de los partidos políticos; la eficacia y centralidad de los parlamentos; la potenciación de los controles; la independencia, agilidad y eficacia de la justicia; la ejemplaridad de los políticos y de las instituciones; la consecución de la igualdad; y, en fin, la extensión entre los ciudadanos de la cultura cívica. Pero todo ello sin poner en cuestión los principios a los que la democracia constitucional no puede renunciar, so pena de desaparecer. Entre esos principios se encuentra uno fundamental: el del respeto al Derecho y, por ello, a la ley, cuyo cumplimiento han de garantizar unos tribunales auténticamente independientes.

Ese es el reto urgente que nuestro tiempo nos plantea, pues a la actual pandemia sanitaria (de tan graves efectos para la vida, la sociedad y la economía) se ha sumado otra pandemia de mayor alcance y más difícil solución, a mi juicio: la pandemia política que cabalga a lomos de la demagogia (con ímpetu acrecentado gracias a las nuevas técnicas de comunicación, entre ellas las llamadas redes sociales). Para esta otra pandemia no existen más remedios que los derivados de la defensa de la institucionalidad y del Derecho, pues fuera del Derecho y las instituciones no puede haber seguridad, libertad, igualdad y prosperidad, sino el regreso al hobessiano estado de naturaleza caracterizado por la lucha de todos contra todos, donde los fuertes siempre triunfarán sobre los débiles y donde la sociedad estará condenada al miedo, a la desesperación y a la miseria.

Por ello, el Estado constitucional y democrático de Derecho no tiene alternativas. Defenderlo es hoy, pues, obligación de todos, y muy especialmente obligación de los juristas que ejerzan fielmente las funciones que su saber les ha encomendado.

IV PARTE

DESDEMOCRATIZACIÓN

6. LA DESDEMOCRATIZACIÓN EN EL ESTADO DE DERECHO

Laura CHINCHILLA MIRANDA*

Muchas gracias, Humberto. Es un gusto compartir con este panel tan destacado. Mi participación creo que contrasta muchísimo con los abordajes sólidamente fundamentados en consideraciones jurídicas.

Lo que pretendo básicamente es contextualizar lo que estamos viviendo con el deterioro de los estándares democráticos, las garantías políticas y las garantías sociales y cómo está afectando al estado de derecho. Trataré también de ajustarme al tiempo que según me habían indicado son diez minutos. Si puedo hacerlo en menos tiempo así lo haré.

Lo primero que hay que destacar es algo que es muy evidente, pero en estos tiempos hay que subrayar muchos de estos conceptos y estas nociones y es que la democracia y el estado de derecho son dos ingredientes indispensables de una misma ecuación. Ahí donde se empieza a debilitar la democracia termina por arrastrar consigo al estado de derecho y viceversa, la democracia no es más que un conjunto de reglas de medios que definen el cómo alcanzar ciertos fines en el marco de la convivencia social, de manera que gobernar en democracia es comprender que los fines que se pretenden alcanzar a través del gobierno cuentan tanto o más que los medios y que nunca pueden ser al revés, es decir, nunca el fin puede justificar los medios y por eso usualmente la presa preferida de los políticos inescrupulosos o con débiles convicciones democráticas, como son los

* Politóloga, Ex Presidente de la República de Costa Rica.

autócratas o los populistas que se han puesto desafortunadamente de moda, es precisamente el estado de derecho, porque es lo que me incomoda, es lo que me estorba y lo que se interpone entre mi voluntad o los fines que percibo y el poder regulado a partir de esas normas, de manera que no hay la menor duda sobre la importancia del tema que ustedes están tratando, en tanto el estado de derecho es el más importante garante de la democracia frente a los excesos de la política y de quienes ejercen el poder

Ahora ¿qué está pasando con ese marco más amplio de la democracia o lo que ustedes han llamado en este foro la desdemocratización?

Bueno lo primero que hay que decir es que es un fenómeno global. Antes de alguna manera más enfocado o limitado a las jóvenes democracias, aquellas que surgieron en la tercera o cuarta ola democrática del mundo; sin embargo, en los últimos años es un fenómeno global y eso que llamamos la recesión democrática está alcanzando también a las democracias más viejas o que creíamos más maduras del mundo. Veamos algunos de los índices por ejemplo de la unidad de inteligencia de la *Economics* que trabaja uno de los índices sobre democracias más sólidas del mundo. Analiza más de 160 países a través de cinco variables. Viene reportando un deterioro continuo de la democracia en el mundo desde hace aproximadamente seis años. Ciertamente algunos países concentran más deterioro que otros, como Hungría, Polonia, Rumania, Serbia, Turquía, India, Filipinas, Ucrania, Pakistán y en América Latina particularmente los casos más evidentes son Nicaragua y Venezuela y este último es desafortunadamente el retroceso democrático más grande a nivel global que ha tenido lugar.

Por su parte otra institución muy sólida con la cual yo colaboro que es la iniciativa democrática de América (IDEA) en su estado global de la democracia más reciente, nos recuerda que la proporción de democracias que se están erosionando ha registrado un aumento constante y frente a lo que acontecía en la década pasada, es decir, en esta última década se ha duplicado el número de democracias en el mundo que están evidenciando algún tipo de deterioro ¿cuáles son esas variables que vienen mostrando el mayor nivel de desgaste el mayor nivel de deterioro?

Primero, lo que alcanza el funcionamiento del gobierno y muy particularmente en los mecanismos del control sobre el gobierno, de rendición de cuentas, de separación de poderes, del respeto a institutos fundamentales de la democracia, como la independencia judicial. Esto ocurre por la vía no solamente de los mecanismos más tradicionales nombramientos de magistrados, ampliación a veces de salas claves con tal de controlar la voluntad de esas salas judiciales, la vía de la manipulación de los financiamientos a los poderes judiciales, pero también ahora a través de las tecnologías digitales, mediante la desinformación sobre los temas judiciales, segundo, el otro componente son las libertades civiles y muy particularmente y no accidentalmente la libertad de expresión muy asociada a un mecanismo fundamental del control del poder político como es la libertad de prensa que reporta un deterioro muy grande en muchísimos países del mundo y tercero, el tema de los procesos electorales en cómo se está definiendo la partici-

pación, porque vemos limitaciones en la misma pero también de manera destacada los aspectos que tienen que ver con el pluralismo político y el acoso ante los partidos políticos que se oponen a los partidos oficialistas.

¿Por qué estamos viendo este proceso de democratización o deterioro de la democracia? Las razones son diversas, pero por lo menos de los foros globales de los que soy parte muchos de ellos que elaboran informes globales cada año, podríamos decir que hay unas cuatro causas especialmente importantes:

Primeramente, el fenómeno de las desigualdades sociales y no solamente medidas en términos de asignación de recursos de acceso a las oportunidades sino lo que llamamos también las desigualdades percibidas. La encuesta global de valores nos indica que una de las preocupaciones más grandes que tienen los ciudadanos en el mundo es precisamente el percibirse muy rezagados en el acceso a las oportunidades frente a lo que denominan las élites políticas o las élites económicas.

En segundo término, la incertidumbre que se viene produciendo también a nivel global frente a la revolución tecnológica y su impacto especialmente en el mundo del trabajo que empieza a dejar evidentemente expuestos a muchos trabajadores particularmente en el mundo de la post pandemia

En tercer término, el tema de la corrupción cada vez son más las democracias con un alto nivel de corrupción muchas de ellas corrupción percibida pero con efectos sociales y;

Finalmente, en cuarto lugar, la masificación de los procesos de desinformación recordemos que la desinformación existe desde que la información misma existe; las noticias falsas existen desde que las noticias mismas existen, pero las redes sociales se han convertido en una caja de resonancia que ha amplificado el efecto de todos estos procesos.

El efecto más perverso que ha tenido todos estos factores que explican el deterioro de una serie de variables asociadas a la democracia es precisamente la erosión de la confianza ciudadana en las instituciones de acuerdo al informe de IDEA y cito textualmente *“no ha habido un momento en la historia moderna o por lo menos desde la década de los treinta del siglo anterior en que se haya cuestionado más el valor la viabilidad y el futuro de la democracia en américa latina. Ya hoy quienes predominan son los ciudadanos indiferentes, es decir”*, aquellos que expresan decir o que dicen que les da igual si están viviendo en una democracia o en una autocracia; la caída en el apoyo a la democracia en nuestros países pasó de un 60 % que la apoyaba a inicios de la década del presente siglo a prácticamente un 40 % al día de hoy.

Esto a su vez también explica el alarmante crecimiento del populismo, de la retórica y comportamientos autoritarios en el liderazgo político, que sabemos son precisamente liderazgos con muy pocas o débiles convicciones democráticas y un enorme desprecio por las instituciones de la democracia de manera que

básicamente lo que tenemos es un cuadro complejo. Algo que tienen de particular los procesos de desmocratización que somos testigos en estos tiempos frente a otros procesos del pasado, es que estos retrocesos democráticos ocurren desde el interior del sistema democrático mismo, a través de reformas legislativas muchas veces constitucionales, decisiones políticas muchas veces avaladas por las mayorías mediante procesos referenciales y sin ningún tipo de eufemismo. es decir son golpes de estado que se gestan a la luz del día y en cámara lenta. Es cierto que no se dan en un solo acto mediante asonadas militares, sino en procesos continuos pero con las mismas consecuencias que se han vivido allí en donde los golpes militares en el pasado mataron las democracias de muchos de nuestros países de manera que son momentos complejos de gran desafío para muchas instituciones democráticas pero ciertamente también para el estado de derecho.

7. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO DE FACTO: LA DESTRUCCIÓN DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA

Carlos AYALA CORAO*

INTRODUCCIÓN

El sistema de gobierno democrático consagrado en la Constitución de Venezuela de 1999, supone la organización del poder público bajo principios fundamentales de representación, participación, pluralismo y alternabilidad; y, el reconocimiento de los derechos humanos, incluido el derecho a la participación política, en sus distintas modalidades (indirectamente, mediante el sufragio y, directamente, mediante los medios previstos constitucionalmente). Lógicamente, el modelo democrático consagrado en las normas constitucionales venezolanas, no guarda relación alguna al régimen existente en la realidad, el cual, luego de haber comenzado con varios enclaves autoritarios, pasó a ser marcadamente autoritario y terminó por ser dictatorial (vgr. sin elecciones libres, sin libertad de expresión, sin partidos políticos de oposición legales, y sin separación e independencia de poderes). No obstante, es importante analizar las regulaciones constitucionales y sus implicaciones, y en contraste con ellas, el proceso seguido para secuestrar las instituciones básicas del Estado de Derecho, la democracia y la Constitución misma.

Comenzaremos afirmando, que la participación política es un derecho que ha alcanzado incluso el rango de “derecho humano”, aún antes de ser consagrado expresamente en muchas constituciones. La “Declaración Americana de los

* Profesor Titular y Jefe de Cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello.
Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Derechos y Deberes del Hombre”, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948, consagró como un derecho esencial del hombre, el derecho de toda persona, legalmente capacitada, a “tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes”¹. Por su parte, la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, consagró el derecho de toda persona a “participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos”².

Posteriormente, el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966, la cual es Ley de la República de Venezuela desde 1978³, consagró como un derecho humano (que se deriva de la dignidad inherente a la persona humana), el derecho de todo ciudadano a “participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”⁴. Por su lado, la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” o (Pacto de San José), adoptada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969, la cual es Ley de la República de Venezuela desde 1977⁵, consagró entre los derechos humanos políticos, el derecho de todo ciudadano a “participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”⁶.

Resulta por tanto interesante constatar, que el derecho a la participación política fue consagrado en el campo internacional, como un derecho humano de todos los ciudadanos.

Con posterioridad, varias constituciones han venido consagrando en su texto el derecho a la participación política (directa). Tal es el caso, entre otras, de la Constitución española de 1978, la cual, bajo la evidente influencia de los mencionados instrumentos internacionales, consagró el derecho de los ciudadanos a “participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”⁷. La Constitución de Brasil de 1988 consagró dentro del capítulo de los “derechos políticos”, que la soberanía popular será ejercida por el sufragio universal y por el voto

¹ *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2001. Disponible en www.cidh.org

² Versión publicada en *Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos*, IIDH y Comisión de la Unión Europea, Costa Rica, 1999. Disponible en: www.cidh.org

³ En el caso de Venezuela, la Ley Aprobatoria en Gaceta Oficial No. 2.146, Extraordinario de fecha 28 de enero de 1978.

⁴ Artículo 25, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵ En el caso de Venezuela, la Ley Aprobatoria en Gaceta Oficial No. 31.256, de fecha 14 de junio de 1977.

⁶ Artículo 23, Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

⁷ Artículo 23, Constitución española.

directo y secreto, con valor igual para todos, en los términos de la ley, mediante plebiscito, referendo, e iniciativa popular⁸.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) de 1999, diseña una forma de gobierno democrático de *representación participativa*. En este sentido, la participación política se consagra como expresión de la soberanía popular. El propio Preámbulo de la Constitución hace mención al fin supremo de refundar la República para establecer una *sociedad democrática, participativa y protagónica*, multiétnica y pluricultural en un Estado Social de Derecho y de justicia, federal y descentralizado. Así, entre los fines esenciales del Estado, se consagran la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, y *el ejercicio democrático de la voluntad popular*⁹.

En este sentido, el principio de la soberanía popular se articula en doble sentido para su ejercicio: (i) directamente en la forma prevista en la Constitución; y, (ii) a través de representantes electos mediante el sufragio:

Artículo 5. La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.

Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos.

De allí que, entre los principios del gobierno y de las entidades políticas que la componen, se consagran los de democrático, electivo, participativo y alternativo:

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. (Cursivas y resaltados añadidos).

Nótese que la Constitución utiliza una fórmula de consagración permanente, al afirmar no solo que el gobierno se rige (“*es*”) por estos principios, sino que se regirá por ellos para siempre (“*será siempre*”). Se trata de una modalidad de cláusula pétrea, que se ve reforzada por el hecho de que, dicha norma se encuentra dentro de los “Principios Fundamentales” de la Constitución en su Título I, los cuales no pueden ser objeto de modificación ni siquiera por vía de reforma constitucional¹⁰.

⁸ Artículo 8, Constitución de la República Federativa de Brasil.

⁹ Artículo 3, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV).

¹⁰ En este sentido, el artículo 342 constitucional no permite que la revisión de la Constitución pueda modificar los “principios fundamentales” de su Texto:

Artículo 342. 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 del texto Constitucional**. (Resaltados añadidos).

En este sentido, conforme al principio de gobierno democrático *electivo*, todos los integrantes del Poder Legislativo y las autoridades o jefes del Poder Ejecutivo, tanto a nivel nacional, como estatal y municipal, son electos popularmente.

Estos principios fundamentales democráticos del sistema de gobierno, tienen su contrapartida en el derecho ciudadano de participación y representación, conforme al cual, todos los ciudadanos tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas¹¹.

De esta forma, la Constitución de 1999 optó por una forma de gobierno democrático de *representación participativa*, mediante la participación política de los ciudadanos, a través de representantes electos mediante votaciones libres, universales, directas y secretas (*democracia representativa*); el cual se combina con la participación política directa de los ciudadanos, mediante mecanismos de democracia directa como iniciativas, referendos, consultas, asambleas de ciudadanos, entre otros (*democracia participativa*).

I. LAS TEORÍAS DEMOCRÁTICAS: DE LA TEORÍA ELITISTA DE LA REPRESENTACIÓN A LA TEORÍA PARTICIPACIONISTA DE LA DEMOCRACIA

Como lo ha sido expuesto, entre otros, por Humberto Nogueira¹², por Setälä¹³ y por nosotros en trabajos elaborados desde finales de los años ochenta y comienzos de los años noventa¹⁴, las teorías de la democracia han planteado la representatividad y la participación ciudadana desde distintos puntos de vista: desde los contrapuestos hasta los complementarios. Para la teoría elitista de la democracia representativa, la representación excluye la participación ciudadana directa; mientras que para la teoría participacionista, la participación ciudadana es el fundamento y fin último de la democracia, además de una norma de conducta diaria. Pero el hecho es que aún en los orígenes de la idea republicana de la democracia, la representación era equivalente a la noción de confianza del poder que los individuos otorgan en el derecho privado, para que alguien los represen-

¹¹ Artículo 62, CRBV.

¹² Ver, lo expuesto en Nogueira Alcalá, Humberto, **Teoría y Práctica democrática para una sociedad participativa**, Santiago de Chile, 1986.

¹³ Setälä, Maijá. **Referendums and Democratic Governments. Normative Theory and The Analysis of Institutions**, Great Britain, 1999.

¹⁴ Seguimos casi textualmente lo expuesto por nosotros en el capítulo sobre: Las dos teorías democráticas: La teoría elitista de la democracia y la participacionista de la democracia en, Ayala C., Carlos M., "La Democracia venezolana frente a la Participación Política", en **Encuentro y Alternativas**, Venezuela, 1984, Encuentro Nacional de la Sociedad Civil, UCAB, Caracas, 1994; publicado también en **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, 1984; y en **Venezuela crisis política y reforma constitucional**, UCV, Caracas, 1993.

te. Así, este “mandato imperativo” de los otorgantes del poder al representante implicaba la capacidad de los individuos de darle instrucciones vinculantes y obligatorias a sus apoderados y, en consecuencia, de retirárselo en cualquier momento, cuando los individuos poderdantes consideraran que habían perdido su confianza en el mandatario o que éste había frustrado su mandato. Ello explica la aparición temprana de la revocatoria de los mandatos populares en algunas democracias y constituciones republicanas, como fue el caso de la Constitución venezolana de 1811. La teoría elitista de la democracia representativa se opuso a esta concepción de la representación, y planteó la necesidad de concebir a ésta como un acto de confianza ciudadana para la gestión de los asuntos públicos por representantes electos por períodos determinados y fijos. Más modernamente, las teorías democráticas si bien reiteraron la representación de los gobernados por gobernantes electos popularmente mediante sufragio universal, abierto, competitivo, secreto y directo, han afirmado la necesidad de complementar la representación con la participación directa de los ciudadanos mediante mecanismos de iniciativas, consultas, referendos de leyes y decisiones y en algunos casos hasta de revocatoria de mandatos populares.

1. *La teoría elitista y la democracia representativa*

Conforme a lo expuesto¹⁵, algunos autores que conforman la corriente de la teoría elitista de la democracia la confundieron con un sistema estrictamente político, reducido al conjunto de reglas en virtud de las cuales el poder es conferido y ejercido. De esta forma la democracia es sólo un método de resolver el acceso y el ejercicio del poder, pero sin contenido ni fines propios. Así, como lo afirmaba Lord Brougham, la esencia de la representación consiste en que el pueblo debe renunciar a su poder y entregarlo, por un tiempo, a un diputado elegido popularmente. Es éste quien debe realizar aquellas tareas gubernativas, que, si no fuera por esa transferencia, debería realizarlo el pueblo mismo. Por ello no se da la representación donde los ciudadanos retienen el poder y el control para actuar por sí mismos, directamente y en cualquier momento. Si bien ellos pueden comunicarse con su delegado, es él quien debe actuar por ellos, no ellos mismos. En este mismo sentido es que Juan Jacobo Rousseau, en el Contrato Social, criticaba al régimen representativo del sistema parlamentario inglés, cuando afirmaba que el pueblo inglés se considera libre, pero se engaña seriamente, ya que es libre sólo en el momento en que elige a los miembros del parlamento, pero tan pronto como son elegidos, revierte a su servidumbre y queda anulado.

En la teoría elitista, los ciudadanos participan en la selección de las élites que ocuparán el poder, pero ellos no deciden directamente ni controlan efecti-

¹⁵ Ver lo expuesto por Ayala C., Carlos Manuel, “La Democracia venezolana frente a la Participación Política” en **Encuentro y Alternativas**, *loc. cit.*; y Ayala C., Carlos M., “Los mecanismos de participación referendaria en el ordenamiento jurídico venezolano” en **Participación Ciudadana y Democracia**, *loc. cit.*

vamente la actividad de los gobernantes, el pueblo pierde los beneficios de la decisión directa y enajena su capacidad de autodeterminación.

La democracia representativa fue justificada racionalmente por Montesquieu, quien señaló que el pueblo no tiene la preparación suficiente para poder decidir en detalle los problemas que plantea el gobierno de un Estado, como asimismo no tendría el tiempo suficiente para poder hacerlo. Sin perjuicio de ello, el pueblo está capacitado para elegir por sí mismo a los ciudadanos que por su experiencia, conocimientos o cultura puedan decidir por ellos los asuntos públicos.

Los representantes actúan en nombre de la nación y sus actos tienen la misma fuerza que si hubiere actuado el pueblo. A su vez, el mandato que ellos reciben al ser elegidos, es un mandato dado por la nación, siendo el elegido un representante de la nación y no de los electores o ciudadanos que lo eligieron en una circunscripción determinada, *lo cual hace que dicho mandato sea irrevocable hasta el término del período por el cual el representante fue elegido.*

Los representantes una vez elegidos, disponen de libertad absoluta para decidir lo que ellos consideren conveniente en nombre de la nación, sin control alguno de parte de los ciudadanos durante el ejercicio de su mandato. Esta teoría es coherente con la idea de que el pueblo es incapaz de gobernarse a sí mismo. Los representados sólo pueden, al término del período cambiar a los representantes por otros, si consideran que su tarea no la han desarrollado bien, pero nada más.

Sin lugar a dudas, esta concepción del mandato representativo puro sufrió una profunda modificación en el siglo XX, por el refuerzo constante y el desempeño de los partidos políticos en las democracias. La elección de un hombre es reemplazada cada vez más por la opción en favor de un partido y su correspondiente programa de acción política, dando lugar a lo que se ha conocido como el “Estado de Partidos”¹⁶. Los representantes que son elegidos dentro de las listas presentadas por los partidos políticos ya no son absolutamente independientes en su actuar como lo sostiene la teoría del mandato representativo, sino que son dependientes en parte de su partido y su programa, sobre todo si quieren ser reelegidos, ya que, de lo contrario, el partido no los incluirá en su próxima lista electoral y no le otorgará su patrocinio material y financiero.

Así, la democracia representativa implica la participación de los ciudadanos en el proceso político para el solo efecto de elegir sus representantes a través del proceso electoral, sin tener ninguna injerencia directa en las decisiones de los representantes quienes actúan en nombre de la nación y sus decisiones se presumen que son el querer de toda la nación.

Ahora bien, si a la teoría elitista y de la democracia representativa le añadimos un sistema electoral por listas cerradas y bloqueadas y un sistema de partidos políticos encerrados, oligarquizados y con poca democracia interna, es fácil

¹⁶ Ver, sobre el particular, García Pelayo, Manuel, **El Estado de Partidos**, Madrid, 1986.

prever la deformación partidocrática, no representativa y en definitiva pseudo democrática que se genera.

2. *La teoría participacionista de la democracia*

Como lo han expuesto, entre otros, igualmente Nogueira¹⁷ y Setälä, la teoría participacionista de la democracia considera que deben acortarse las distancias entre gobernantes y gobernados, que más que un elector de élites gobernantes, el ciudadano debe ser un gestor de su vida y participante activo en las decisiones políticas. Se plantea el Estado como un promotor del bien común, que se preocupa por los derechos sociales y económicos, como complementarios de los derechos políticos. Se plantea así mismo el problema del paso de la igualdad jurídica y política también a una igualdad de oportunidades, el derecho de propiedad pierde el carácter individualista y pasa a tener una clara función social.

La necesidad de reducir las distancias entre la democracia política y la democracia social y económica llevó a plantear la necesidad de complementar los mecanismos representativos en el plano político con manifestaciones de democracia directa, como, asimismo, introducir la participación en el plano cultural, social y económico.

A su vez, la democracia participativa refuerza y no excluye a la democracia representativa en la medida que el acto de participación educa a la gente en la posibilidad y en el carácter deseable de la tolerancia y el respeto mutuo, como una disposición para el discernimiento crítico de las personas. La participación democrática tiene así importancia como modelo de autoeducación.

Cabe recordar que el objetivo fundamental de la vida política es en definitiva la participación y no la representación, ésta es sólo un mecanismo instrumental de suplencia, cuando la participación directa no es posible.

Sin embargo, la participación política no sólo consiste en las acciones de los ciudadanos mediante las cuales ellos buscan influenciar o apoyar a un gobierno, sino que es todo proceso desarrollado dentro de una organización mediante el cual los ciudadanos influyen, afectan, modifican, imponen o suprimen las decisiones de los representantes y, bajo ciertas circunstancias, hasta revocan el mandato de éstos.

Así la democracia semi-directa o mixta, también llamada participativa o de representación-participativa, se caracteriza por una combinación equilibrada de técnicas de democracia representativa y de democracia directa, superando los problemas del mandato imperativo creados por esta última. Esta concepción de la democracia permite al pueblo tomar las decisiones políticas más importantes

¹⁷ De nuevo, ver lo expuesto por Nogueira Alcalá, Humberto, **Teoría y Práctica democrática para una sociedad participativa**, *op. cit.*; Setälä, M. **Referendums and Democratic Governments...** *op. cit.*; y en Ayala C., Carlos M., “La Democracia venezolana frente a la Participación Política”, *loc. cit.*

que afectan al Estado por medio de mecanismos de consulta popular como el referendo, siendo las otras decisiones adoptadas por las autoridades ejecutivas y legislativas elegidas por el pueblo (gobierno y parlamento), las cuales están sometidas al control permanente del pueblo a través de diferentes modalidades y mecanismos¹⁸. De esta manera, los representantes no están sometidos al mandato imperativo, pero tampoco pueden actuar libremente como ellos quisieran una vez elegidos, pues la ciudadanía controla permanentemente su actuar, pudiendo desautorizar algunas de sus actuaciones o decisiones, e incluso revocar su mandato.

En el caso venezolano, como ha sido expuesto, la Constitución de 1999 optó por una forma mixta de gobierno democrático de *representación participativa*, mediante la participación política de los ciudadanos, a través de representantes electos mediante votaciones libres, universales, directas y secretas (*democracia representativa*); el cual se combina con la participación política directa de los ciudadanos, mediante mecanismos de democracia directa como iniciativas, referendos, consultas, asambleas de ciudadanos, entre otros (*democracia participativa*).

No obstante, es importante señalar, que los mecanismos de democracia directa o participativa tienen sus límites precisamente en la Constitución y en los derechos humanos¹⁹. Así por ejemplo, conforme a la Constitución de Venezuela, no pueden ser sometidas a referendo abrogatorio, “[l]as leyes de presupuesto, las que establezcan o modifiquen impuestos, las de crédito público ni las de amnistía, *ni aquellas que protejan, garanticen o desarrollen los derechos humanos* y las que aprueben tratados internacionales” (cursivas añadidas)²⁰.

II. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

El “principio” constitucional del ejercicio de la *soberanía popular representativa* mediante el *sufragio*, por los órganos que ejercen el Poder Público²¹, tiene su contrapartida y se refuerza con el “derecho” constitucional al sufragio, mediante votaciones libres, universales, directas y secretas²². Este ejercicio de la soberanía popular representativa mediante el sufragio, comprende de manera fundamental a los órganos del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. En efecto,

¹⁸ Ver, lo expuesto por Magleby, David B., **Legislación directa**, México, 1992.

¹⁹ Ver lo expuesto por nosotros al respecto, en los aportes de la jurisprudencia constitucional e internacional, en nuestro libro: Ayala C., Carlos M. **Del Diálogo Jurisprudencial al Control de la Convencionalidad**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Arte y Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012; y, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2013.

²⁰ Artículo 74, tercer párrafo, CRBV.

²¹ Artículo 5, CRBV.

²² Artículo 63, CRBV. Conforme a dicha norma constitucional, además la ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional.

conforme a la Constitución, todos los integrantes de los órganos del Poder Legislativo y las autoridades del Poder Ejecutivo, son electos por sufragio universal, directo y secreto.

1. *Elección de los integrantes del Poder Legislativo (nacional, estatal y municipal)*

Los integrantes de los órganos del Poder Legislativo, a nivel nacional, estatal y municipal son electos mediante sufragio.

A nivel nacional, el órgano del Poder Legislativo es la Asamblea Nacional, cuyos diputados deberán ser elegidos en cada entidad federal, por votación universal, directa, personalizada y secreta con representación proporcional, según una base poblacional del uno coma uno por ciento de la población total del país. Además, de esos representantes con base poblacional variable, cada entidad federal elegirá adicionalmente, tres diputados fijos. La representación en la Asamblea Nacional se complementa con tres diputados representantes de los pueblos indígenas de la República Bolivariana de Venezuela, electos de acuerdo con lo establecido en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres²³.

A nivel estatal, el órgano del Poder Legislativo de los estados son los Consejos Legislativos (conformados por un número no mayor de quince ni menor de siete integrantes), cuyos diputados (“legisladores”) deberán ser igualmente elegidos por votación universal, directa, personalizada y secreta con representación proporcional de la población del estado correspondiente y de sus municipios²⁴.

Y a nivel municipal, el órgano del Poder Legislativo de los municipios son los Concejos Municipales, los integrantes (“concejales”) deberán ser igualmente elegidos por votación universal, directa, personalizada y secreta con representación proporcional²⁵.

²³ *Artículo 186.* La Asamblea Nacional estará integrada por diputados y diputadas elegidos o elegidas en cada entidad federal por votación universal, directa, personalizada y secreta con representación proporcional, según una base poblacional del uno coma uno por ciento de la población total del país.

Cada entidad federal elegirá, además, tres diputados o diputadas.

Los pueblos indígenas de la República Bolivariana de Venezuela elegirán tres diputados o diputadas de acuerdo con lo establecido en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres.

Cada diputado o diputada tendrá un suplente o una suplente, escogido o escogida en el mismo proceso.

²⁴ *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. El Consejo Legislativo tendrá las atribuciones siguientes: [...].

²⁵ *Artículo 175.* La función legislativa del Municipio corresponde al Concejo, integrado por concejales elegidos o concejales elegidas en la forma establecida en esta Constitución, en el número y condiciones de elegibilidad que determine la ley.

2. *Elección de las autoridades o jefes del Poder Ejecutivo (nacional, estatal y municipal)*

Las máximas autoridades o jefes del Poder Ejecutivo, a nivel nacional, estatal y municipal deben ser electos igualmente, mediante sufragio.

A nivel nacional, el Presidente de la República²⁶ como jefe de Estado y del Ejecutivo Nacional²⁷ debe ser electo por votación universal, directa y secreta, y se proclamará electo el candidato que hubiere obtenido la mayoría de votos válidos²⁸.

A nivel estatal, el gobierno y administración de cada Estado corresponde al Gobernador, quienes deben ser elegidos por mayoría de las personas que voten²⁹.

Y a nivel municipal, el gobierno y la administración del Municipio corresponde al Alcalde, quien será también la primera autoridad civil, y debe ser elegido mayoría de las personas que votan³⁰.

De esta forma, el sistema constitucional democrático en la Constitución de Venezuela de 1999, es de carácter representativo, siendo que todos los órganos del Poder Legislativo y Ejecutivo son electos mediante sufragio por votación universal, directa y secreta; es decir, los integrantes de los órganos del Poder Legislativo Nacional (diputados de la Asamblea Nacional), del Poder Legislativo Estatal (legisladores de los Consejos Legislativos) y del Poder Legislativo Municipal (concejales de los Consejos Municipales). De igual manera, son electos las máximas autoridades de los órganos del Poder Ejecutivo Nacional (Presidente de la República), del Poder Ejecutivo Estatal (Gobernadores) y del Poder Ejecutivo Municipal (Alcaldes).

²⁶ Artículo 225, CRBV.

²⁷ Artículo 226, CRBV.

²⁸ *Artículo 228.* La elección del Presidente o Presidenta de la República se hará por votación universal, directa y secreta, en conformidad con la ley. Se proclamará electo o electa el candidato o la candidata que hubiere obtenido la mayoría de votos válidos.

²⁹ *Artículo 160.* El gobierno y administración de cada Estado corresponde a un Gobernador o Gobernadora. Para ser Gobernador o Gobernadora se requiere ser venezolano o venezolana, mayor de veinticinco años y de estado seglar. El Gobernador o Gobernadora será elegido o elegida por un período de cuatro años por mayoría de las personas que voten. El Gobernador o Gobernadora podrá ser reelegido o reelegida, de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período.

³⁰ *Artículo 174.* El gobierno y la administración del Municipio corresponderán al Alcalde o Alcaldesa, quien será también la primera autoridad civil. Para ser Alcalde o Alcaldesa se requiere ser venezolano o venezolana, mayor de veinticinco años y de estado seglar. El Alcalde o Alcaldesa será elegido o elegida por un período de cuatro años por mayoría de las personas que votan, y podrá ser reelegido o reelegida, de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período.

3. *La salvaguarda del principio democrático de alternabilidad*

El sistema democrático en la Constitución de 1999 fue diseñado con una concepción de mandatos limitados, para impedir la perpetuación de los gobernantes en el poder. Por ello, como consecuencia del principio fundamental de un gobierno democrático *alternativo*, consagrado en el artículo 5 de la constitucional, si bien se introdujo la reelección inmediata de los cargos ejecutivos, ésta se limitó a una sola reelección. Y en el caso de los cargos legislativos nacionales y estatales, su reelección se limitó a dos períodos.

Así, la Constitución de 1999 dispuso que los diputados de la Asamblea Nacional, cuyo período de su mandato es de cinco años, podrían ser reelegidos “por dos periodos consecutivos como máximo”³¹. De igual manera, los legisladores de los Consejos Legislativos de los estados, cuyo período es de cuatro años, sólo podrían ser reelegidos “por dos períodos consecutivos como máximo”³². Únicamente en el caso de los concejales de los Concejos Municipales, cuyo período es de cuatro años, la Constitución no dispuso límites a su reelección.

Respecto a los cargos ejecutivos, la Constitución de 1999 dispuso que, el Presidente de la República, cuyo período de su mandato es de seis años, podría ser reelegido “de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período”³³. De igual manera, los Gobernadores de los estados y de los Alcaldes municipales, cuyos períodos son de cuatro años, respectivamente, sólo podrían ser reelegidos, “de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período”³⁴.

No obstante, como veremos más adelante, estas salvaguardas del gobierno democrático alternativo, como principio fundamental intangible de la Constitución, fue desmantelado por la inconstitucional enmienda del año 2009, levantándose todos los límites a la reelección de los cargos y, en consecuencia, estableciéndose la reelección ilimitadas de todos los cargos legislativos y ejecutivos, habilitándose con ello, la perpetuación de los mismos funcionarios en el poder. Ello, particularmente en el caso de los sistemas presidenciales, tiene como consecuencia el paso a regímenes autoritarios que se perpetúan en el poder, que, como veremos más adelante, sucedió en el caso de Venezuela.

En todo caso, como también veremos, al perder la mayoría popular, el régimen autocrático se volvió dictatorial, a través del control del Consejo Nacional Electoral y al resto de los poderes públicos y, muy especialmente, a través del Poder Judicial y su jurisdicción constitucional. En lo adelante, luego de las elecciones parlamentarias del año 2015, donde la oposición ganó las dos terceras partes

³¹ Artículo 292, CRBV.

³² Artículo 162, CRBV.

³³ Artículo 230, CRBV.

³⁴ Artículos 160 y 174, CRBV.

de la Asamblea Nacional, más nunca se realizaron elecciones libres y justas; y sin ellas, el *chavismo* se pretendió perpetuar en el poder.

III. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

El sistema democrático representativo, consagrado en la Constitución venezolana de 1999, se integra con mecanismos de participación ciudadana directa, como derecho ciudadano, como obligación del Estado y como esquema de gobierno y de gestión de los asuntos públicos. Ello da lugar a la configuración constitucional de un sistema de representación participativa, donde se combina el ejercicio de la soberanía popular mediante representantes electos con mecanismos ciudadanos directos de iniciativa, control y toma de decisiones.

Siguiendo el principio democrático moderno, el Texto Fundamental declara que la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce *directamente* en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, -e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público. De allí que los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos³⁵. Con relación a los principios del gobierno, la Constitución declara que es y será siempre democrático, *participativo*, *electivo*, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables³⁶.

La Constitución reconoce la participación como un *derecho* que todos los ciudadanos tienen *de participar libremente en los asuntos públicos, directamente* o por medio de sus representantes elegidos o elegidas. Con tal propósito, se declara que 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. Este derecho a la participación tiene su contrapartida en la obligación del Estado no sólo de asegurar su respeto y garantía, sino, además, el deber de la sociedad de facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica³⁷.

La Constitución consagra una serie de mecanismos de participación política directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, entre los cuales destacan los referendos: *consultivo* (materias de especial trascendencia)³⁸; *revocatorio* (mandatos populares)³⁹; *aprobatorio* (proyectos de ley, y tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales)⁴⁰; *abrogatorio* (leyes y decretos

³⁵ Artículo 5, CRBV.

³⁶ Artículo 6, CRBV.

³⁷ Artículo 6, CRBV.

³⁸ Artículo 71, CRBV.

³⁹ Artículo 72, CRBV.

⁴⁰ Artículos 73 y 205, CRBV.

leyes)⁴¹; *aprobatorio de enmiendas constitucionales*⁴²; y *aprobatorio de reformas constitucionales*⁴³; *convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente*⁴⁴. Además, la Constitución consagra la iniciativa popular o ciudadana en la activación de mecanismos directos e indirectos de participación, como son los casos de: las *iniciativas populares* de ley⁴⁵; de enmienda⁴⁶; de reforma constitucional⁴⁷; de referendo consultivo⁴⁸; de revocatorio⁴⁹; de aprobatorio de tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales⁵⁰; de referendo abrogatorio de leyes y decretos leyes⁵¹; y la iniciativa para convocar (un referendo para) una Asamblea Nacional Constituyente⁵².

Además de ello, la Constitución consagra una serie de mecanismos de participación de los ciudadanos en instancias de nombramientos de autoridades como son: el Comité de Postulaciones Judiciales el cual estará integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad⁵³, y la declaración de que la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos (y se imparte en nombre de la República, por autoridad de la ley)⁵⁴; el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, el cual estará integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad⁵⁵; el Comité de Postulaciones Electorales de candidatos a integrantes del Consejo Nacional Electoral, el cual estará integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad⁵⁶ y la postulación por la sociedad civil de tres personas al Consejo Nacional Electoral⁵⁷; y la participación de los pueblos indígenas⁵⁸.

De esta manera, los mecanismos de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos se enmarcan en el cuadro constitucional de un esquema

41 Artículo 74, CRBV.

42 Artículo 341, CRBV.

43 Artículos 344 y 345, CRBV.

44 Artículos 347 y 348, CRBV.

45 Artículo 204, numeral 7, CRBV.

46 Artículo 341, CRBV.

47 Artículos 342, CRBV.

48 Artículo 71, CRBV.

49 Artículo 72, CRBV.

50 Artículos 73 y 205, CRBV.

51 Artículo 74, CRBV.

52 Artículo 348, CRBV.

53 Artículo 270, CRBV.

54 Artículo 253, CRBV.

55 Artículo 279, CRBV.

56 Artículo 295, CRBV.

57 Artículo 296, CRBV.

58 Artículos 119 al 125, CRBV.

de democracia de representación y participación. Estos mecanismos de participación directa bien establecidos y ejercidos apropiadamente, fortalecen la gobernabilidad de la democracia y el sistema democrático.

En el caso de Venezuela, el desmantelamiento del Estado de Derecho, de la democracia y de la propia Constitución, llevó a que los mecanismos de democracia participativa directa fuesen manipulados y puestos al servicio del proyecto político autoritario.

Así, por ejemplo, si bien en el año 2004 se celebró un referendo revocatorio del mandato del entonces Presidente de la República, Hugo Chávez Frías, por iniciativa ciudadana, tanto el momento favorable a él en que finalmente se convocó como la campaña electoral como la transparencia de los resultados, fue fuertemente cuestionada⁵⁹. Pero en contraste, en el año 2015, cuando de nuevo la ciudadanía convocó un nuevo referendo revocatorio del mandato del entonces Presidente de la República, Nicolás Maduro Moros, en virtud de que todas las encuestas y la opinión pública lo daban como perdedor, el mismo fue obstaculizado indebidamente y nunca se llevó a cabo.

De igual forma como veremos, se instrumentalizó políticamente la participación ciudadana como un mecanismo de control ciudadano por parte del gobierno, y se crearon instancias donde se “estatizaron” esos mecanismos, en nombre de un Estado Comunal Socialista, abiertamente inconstitucional.

IV. DEL DESMANTELAMIENTO DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA AL DESMANTELAMIENTO DE LA DEMOCRACIA, EL ESTADO DE DERECHO Y LA CONSTITUCIÓN

El modelo de democracia constitucional representativa y de participación consagrado normativamente en la Constitución de 1999, va a estar sujeto desde un comienzo al desconocimiento de su fuerza jurídica autónoma del proyecto político que se va a imponer. En efecto, tanto las normas sobre derechos como las normas sobre el poder, van a ser interpretadas libremente por el partido político en el poder, sin límites alguno más que aquello que sea conveniente al proyecto partidista de la revolución. Lo que es bueno para la revolución -a juicio de su líder- es constitucional; y viceversa.

1. *El desmantelamiento inicial de la democracia representativa a través de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999*

El sistema democrático venezolano ha sido progresivamente desmantelado desde la llegada del *chavismo* al poder, incluso aun antes de entrar en vigor la

⁵⁹ Ayala C., Carlos M. **El Referendo Revocatorio: “Una herramienta ciudadana de la democracia”**, en Los Libros de El Nacional, Editorial CEC, S.A., Colección Minerva, No. 21, Caracas, 2004.

Constitución de 1999. Ninguna persona ni proyecto político puede estar por encima de la Constitución. Pero para que ello no sea posible, se requiere organizar el poder conforme a los principios y exigencias de un Estado de Derecho y una democracia constitucional, entre ellos: separación de poderes con una independencia garantizada del poder judicial y de la jurisdicción constitucional; reconocimiento y protección de los derechos humanos; libertad para fundar y actuar los partidos políticos y las organizaciones políticas; pluralismo y tolerancia; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; libertad de expresión y crítica a los gobernantes sin temor a sufrir consecuencias; medios de comunicación y redes sociales; un Estado plural no sometido a persona o partido alguno; y la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida⁶⁰.

En 1999, el proyecto del nuevo Presidente de la República, el teniente coronel del ejército, Hugo Chávez Frías, consistió en convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, no prevista en la Constitución de 1961, pero mediante un decreto presidencial con el cual convocó a un referendo consultivo. Originalmente el decreto presidencial ni siquiera establecía las bases comiciales ni de organización, duración y límites de la Constituyente, lo cual tuvo que ser sometido expresamente a la consulta popular por requerimiento judicial⁶¹. A pesar de que la entonces Corte Suprema de Justicia había establecido que, en caso de convocarse la Asamblea Nacional Constituyente, esta no tendría carácter absoluto u originario por encima de la Constitución de 1961 sino que esta estaría en vigencia hasta que entrara en vigor la nueva Constitución⁶², apenas se instaló la Constituyente, la misma dispuso lo contrario en su Estatuto y dictó varios decretos de intervención de los poderes públicos, en abierta violación a la Constitución de 1961⁶³. De esta forma, se intervinieron los órganos del poder público electos bajo la Consti-

⁶⁰ Consultar: *Carta Democrática Interamericana*, Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, 11 de septiembre de 2001. Disponible en: http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm

⁶¹ Sentencia de la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, 18 de marzo de 1999. Ver en **Revista de Derecho Público**, No 77-80 (enero diciembre 1999), Editorial Jurídica venezolana, Caracas 1999, págs. 73 a 83.

⁶² Sentencia de la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, 13 de abril de 1999. Ver en **Revista de Derecho Público**, No 77-80 (enero diciembre 1999), Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 1999, págs. 85 a 90.

⁶³ Consultar, Ayala C., Carlos M., "*Venezuela: de la Constituyente de 1999 a la reforma constitucional de 2007*", en el libro **Procesos Constituyentes Contemporáneos en América Latina/Tendencias y Perspectivas**. Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. Disponible en la Biblioteca virtual de la UNAM: http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&ved=0CG0QFjAH&url=http%3A%2F%2Fbiblio.juridicas.unam.mx%2Flibros%2F6%2F2728%2F13.pdf&ei=VWbMUOytAsfy0gHzqYGoDw&usq=AFQjCNFsofw9_ASCK89vR3MOhG02ctyclg&sig2=dERKwpQ9fy6X78KwrFPmhg&bvm=bv.1355325884.d.dmQ

tución de 1961, pero no controlados por el *chavismo*, como fueron: el Congreso, las Asambleas Legislativas de los estados, las Gobernaciones y las Alcaldías; y además se intervino el Poder Judicial⁶⁴.

A finales de diciembre de 1999, tres días antes de entrar en vigor la nueva Constitución, la Asamblea Nacional Constituyente dictó un Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público⁶⁵, haciendo cesar los demás poderes públicos excepto el Presidente de la República, nombrando transitoriamente a los nuevos titulares de los demás poderes públicos y creando un poder legislativo no electo (“Congresillo”), todo ello en abierta violación material y formal a la nueva Constitución.

El *chavismo* mostró poco respeto por el texto mismo de la Constitución, ya que después de ser sancionada por la Constituyente le introdujo unos cambios puntuales antes de ser aprobada por referendo; y posteriormente, también le introdujo varios cambios antes de su publicación oficial que tuvo lugar el 30 de diciembre de 1999⁶⁶. No contento con ello y habiendo cesado ya la Asamblea Nacional Constituyente, en marzo del año 2000, el Presidente Chávez dispuso la publicación de una nueva versión de la Constitución con otra serie de cambios incorporados a su texto⁶⁷.

2. *El primer intento de constitucionalización formal del modelo autoritario*

En el año 2007, después de la reelección del Presidente Chávez, este tuvo un aparente deseo de “sinceración constitucional” y propuso demoler la Constitución de 1999, para sustituirla por un texto a su medida, mediante un conjunto de normas autoritarias que esencialmente sustituían el modelo de un Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia por un Estado Socialista y Comunal,

⁶⁴ Ver, *Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente*, Gaceta Oficial No. 36.786, de 14 de septiembre de 1999; *Decreto mediante el cual se declara la reorganización de todos los órganos del Poder Público*, Gaceta Oficial No. 36.764, de 13 de agosto de 1999; *Decreto mediante el cual se regulan las funciones del Poder Legislativo*, Gaceta Oficial No. 36.776, de 31 de agosto de 1999; *Decreto de reorganización del Poder Judicial*, Gaceta Oficial No. 36.782, de 8 de octubre de 1999 (reimpresión).

⁶⁵ *Decreto mediante el cual se dicta el Régimen de Transición del Poder Público*, Gaceta Oficial No. 36.857, de 27 de diciembre de 1999.

⁶⁶ *Gaceta Oficial* No. 36.860, de 30 de diciembre de 1999; y ver Brewer Carías, Allan R., *Asamblea Constituyente y proceso constituyente 1999*, Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VI Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013. Disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2014/07/BREWER-TRATADO-DE-DC-TOMO-VI-9789803652432-txt.pdf>

⁶⁷ Ver, Brewer Carías, Allan R., *La Constitución de 1999: Estado Democrático y Social de Derecho*. Fundación de Derecho Público Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 168-172; y del mismo autor, ver la Introducción de *La Constitución de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000.

una democracia socialista, y otras normas que, entre otras cosas, restringían los derechos políticos de referendo, creaban un sistema de propiedad comunal, colectiva y social dejando disminuida la propiedad privada, y -como si fuera poco- se establecía la reelección presidencial ilimitada. Esta reforma que configuraba en sí misma un fraude constitucional, fue sin más derrotada por el pueblo en el referendo de ese mismo año.

Pero para el *chavismo*, cuando el pueblo no le da la razón, esa decisión no vale y no hay que respetarla, por lo que, en esos casos, simplemente se burla la soberanía popular y se buscan la fórmula para darle la vuelta e imponer su propia decisión.

3. *El desmantelamiento de la democracia y el Estado Constitucional con la imposición del “Estado Comunal Socialista”*

La Constitución de 1999 consagra un modelo de “Estado democrático y social de Derecho y de Justicia”, que propugna entre sus valores superiores la democracia y el pluralismo político⁶⁸.

El proyecto autoritario de constitución del *chavismo* de 2007 de un Estado Comunal y Socialista que fue rechazado por el pueblo, fue igualmente implementado mediante un conjunto de leyes del poder comunal y comunas, en abierta violación a la Constitución de 1999: Ley Orgánica del Poder Comunal; Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular; Ley Orgánica de las Comunas; Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal; Ley Orgánica de Contraloría Social; y Ley Orgánica de los Consejos Comunales⁶⁹. Con ello se avanzó en el desmantelamiento de la democracia representativa, participativa y pluralista, ya que en el inconstitucional Estado Comunal Socialista sus autoridades o “voceros” no son electas por los ciudadanos mediante sufragio universal, directo y secreto, sino mediante una designación comunitaria por asambleas y organismos comunales, con el registro legal y el financiamiento del Poder Ejecutivo Nacional.

Como hemos visto *supra*, conforme a la Constitución, el principio democrático consiste en que la soberanía “reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público”; en consecuencia, “los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos”⁷⁰. De allí que el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen, están regidos por principios

⁶⁸ Artículo 2, CRBV.

⁶⁹ *Ley Orgánica del Poder Comunal; Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular; Ley Orgánica de las Comunas; Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal; y, Ley Orgánica de Contraloría Social*; Gaceta Oficial No. 6.011 Extraordinario, de 21 de diciembre de 2010. *Ley Orgánica de los Consejos Comunales*, Gaceta Oficial No. 39.335, de 28 de diciembre de 2009.

⁷⁰ Artículo 5, CRBV.

fundamentales (que “son y serán siempre”), entre ellos: democrático, participativo, electivo, alternativo y pluralista⁷¹. A los fines de materializar la soberanía popular y el carácter democrático, participativo, alternativo, electivo y pluralista del gobierno de Venezuela y de todas las entidades políticas que lo componen, la Constitución consagra expresamente el derecho político al sufragio, mediante “votaciones libres, universales, directas y secretas”⁷².

Sin embargo, la Ley Orgánica de Comunas (LOC), establece la organización básica de la Comuna, con los siguientes órganos: el Parlamento Comunal, el Consejo Ejecutivo de la Comuna, el Consejo de Planificación Comunal, el Consejo de Economía Comunal, el Banco de la Comuna y el Consejo de Contraloría Social. Sin embargo, como dijimos arriba, ninguna de estas autoridades son electas mediante sufragio universal, directo y secreto. Se trata de un secuestro del derecho político al sufragio por directo y secreto, tutelado e impuesto por autoridades nacionales controladas por el *chavismo*, a fin de imponer de arriba hacia abajo esta forma de organización popular como forma de control social y político.

Como se ha señalado, los titulares de los diversos órganos de las Comunas (Parlamento Comunal, Consejo Ejecutivo, Consejo de Planificación, Consejo de Economía Comunal, Consejo de Contraloría Comunal y Banco de la Comuna), se denominan “voceros” y los mismos no tienen su origen en votación ciudadana alguna, sino que son designados por otros órganos del Poder Popular, quienes, a su vez, tampoco son electos por votación popular mediante sufragio universal, directo y secreto. Por tanto, ni siquiera se podría decir que los voceros de los órganos de las Comunas son electos en segundo o tercer grado, pues nunca en el origen en el primer grado son electos por votación popular mediante sufragio universal, directo y secreto.

Así, por ejemplo, conforme a la Ley Orgánica de los Consejos Comunales (LOCC), la Asamblea de ciudadanos -no los ciudadanos- debe aprobar la creación de comités de trabajo u otras formas de organización comunitaria, con carácter permanente temporal (art. 23,2); elegir y revocar a los voceros del Consejo Comunal “a través de un proceso de elección popular comunitaria (art. 23,3); designar a los voceros del Consejo Comunal para las distintas instancias de participación popular y de gestión de políticas públicas (art. 23,10); elegir y revocar los integrantes de la comisión electoral (art. 23,4); evaluar la gestión de cada una de las unidades que conforman el Consejo Comunal (art. 23,8); y designar a los y las miembros de la comisión de contratación, conforme a la Ley de Contrataciones Públicas (art. 23,12).

Es importante resaltar, que conforme al artículo 17 de la Ley, los Consejos Comunales solo adquieren su personalidad jurídica mediante el registro ante el Ministerio del Poder Popular para las Comunas y Protección Social como “ órga-

⁷¹ Artículo 6, CRBV.

⁷² Artículo 62, CRBV.

no rector” del proceso, con competencia en materia de participación ciudadana, al cual le asigna las funciones de dictar las políticas, estratégicas, planes generales, programas y proyectos para la participación comunitaria en los asuntos públicos (art. 56).

Con relación a las Comunas, la LOC dispone (art. 10) que para su constitución se debe notificar al “Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de participación ciudadana,” es decir, actualmente, el “Ministerio del Poder Popular para las Comunas y Protección Social” al cual, conforme al artículo 63 de la LOC, se le atribuye competencia para dictar “los lineamientos estratégicos y normas técnicas para el desarrollo y consolidación de las comunas, en una relación de acompañamiento en el cumplimiento de sus fines y propósitos, y facilitando su articulación y sus relaciones con los otros órganos y entes del Poder Público”. Finalmente, el registro de las comunas también debe realizarse ante el mismo Ministerio de las Comunas, que es la formalidad esencial con la cual la Comuna adquiere su personalidad jurídica (art. 17). Con todo lo cual, se confirma el estricto control político que el Ejecutivo Nacional ejerce sobre el llamado Estado Comunal.

Lo mismo ocurre con el Parlamento Comunal como máximo órgano de la Comuna, el cual está integrado, conforme se indica LOC (art. 23), por una serie de personas denominadas “voceros” designadas por otros órganos del Poder Popular, de la siguiente manera: un vocero y su respectivo suplente, electo por cada consejo comunal de la Comuna; tres voceros y sus respectivos suplentes, electos por las organizaciones socio-productivas; y un vocero y su respectivo suplente, en representación del Banco de la Comuna.

En fin, el verdadero proyecto constitucional chavista consiste en el desmantelamiento del Estado Constitucional y la democracia. Si ello no es posible hacerlo mediante una “reforma” constitucional porque el pueblo la rechaza, igualmente se impone por leyes que abiertamente violan el modelo de Estado y la democracia establecido en la Constitución. Con ello, se crea una llamado Estado Comunal Socialista cuyas estructuras dependen de la aprobación de su creación y de su presupuesto del propio Poder Ejecutivo a través de un Ministerio del ramo; y cuyas autoridades no son electas en sufragio por los ciudadanos mediante “votaciones libres, universales, directas y secretas.

En el mes de junio de 2021 una nueva Asamblea Nacional electa fraudulentamente en violación de los principios democráticos y controlada por el partido oficialista PSUV, aprobó la *Ley Orgánica de Ciudades Comunales* (LCC)⁷³. Conforme al proyecto de ley publicado oficialmente⁷⁴, el “gobierno” de la ciudad

⁷³ “Las claves de lo que se ha aprobado de la Ley de Ciudades Comunales” por Héctor Antolínez @hectorantolinez, Crónica-Uno, 23 junio, 2021: <https://cronica.uno/las-claves-de-lo-que-se-ha-aprobado-de-la-ley-de-ciudades-comunales/>

⁷⁴ Ver, Asamblea Nacional, Proyecto de Ley de las Ciudades Comunales (LCC), marzo 2021, disponible en: <http://www.asambleanacional.gob.ve>

comunal consiste en una compleja estructura de integrada por los siguientes órganos: “1. El Parlamento de la Ciudad Comunal. 2. El Consejo Ejecutivo de Gobierno de la Ciudad Comunal. 3. Consejo de Planificación de la Ciudad Comunal. 4. Consejo de Economía de la Ciudad Comunal. 5. Consejo de Contraloría de la Ciudad Comunal. 6. Consejo de Educación y Formación de la Ciudad Comunal. 7. Consejo de Justicia y Paz de la Ciudad Comunal. 8. Comisión Electoral de la Ciudad Comunal”⁷⁵.

Es importante resaltar, que ninguno de los integrantes de estos órganos son electos mediante sufragio universal, directo y secreto como lo exige la Constitución respecto de todos quienes en representación del pueblo van a ejercer funciones de gobierno en entidades políticas⁷⁶, sino por “voceros y voceras” que entre “no pueden desempeñar cargos públicos de elección popular”⁷⁷. En efecto, estos “voceros o voceras” son designados mediante en segundo grado por personas que a su vez tampoco han sido electas por sufragio universal, directo y secreto⁷⁸.

Esta exclusión de la representación democrática del gobierno de las ciudades comunales, como ha concluido Brewer Carías, “se enmarca en toda la estructura antidemocrática del Estado del Poder Popular, que en este caso de las ciudades comunales busca eliminar al Municipio como entidad política descentralizada, regida por gobernantes electos mediante sufragio universal directo y secreto, por nuevas entidades controladas por el Poder central, ‘gobernadas’ por personas que no son electas mediante sufragio sino designados por Asambleas de ciudadanos controladas por el propio Poder Ejecutivo Nacional como es el caso de los Consejos Comunales, y de los órganos de las Comunas que son designados de igual forma”⁷⁹.

⁷⁵ Artículo 14, LCC.

⁷⁶ Artículos 5, 6, 62, 63, CRBV.

⁷⁷ Art. 9.f, LCC.

⁷⁸ Así, los “voceros y voceras” del Consejo de Planificación de la Ciudad Comunal, se indica que son “electos o electas entre los integrantes de los Consejos de Planificación de las Comunas de la Ciudad Comunal,” por un período de “cuatro años, pudiendo ser reelectos o reelectas” (art. 21). Los “voceros o voceras” del Consejo de Economía de la Ciudad Comunal, son “electos o electas entre los integrantes de los consejos de economía comunal de las Comunas de la Ciudad Comunal” por un período de “cuatro años, pudiendo ser reelectos o reelectas” (art. 28); y los “voceros y voceras” del Consejo de Contraloría de la Ciudad Comunal son “electos o electas entre los integrantes de consejos de contraloría comunal de las Comunas de la Ciudad Comunal” por un período de “cuatro años, pudiendo ser reelectos o reelectas” (art. 30).

⁷⁹ Brewer Carías, Allan R., “*Comentarios sobre el inconstitucional Proyecto de ‘Ley de Las Ciudades Comunales’, o un paso más en la Desconstitucionalización del Estado, mediante su Desmunicipalización*”, pág. 9. Disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2021/03/Brewer.-Sobre-PROYECTO-DE-LEY-DE-LAS-CIUDADES-COMUNALES-marzo-2021-1.pdf>

4. *La reelección ilimitada del Presidente de la República y las demás autoridades en fraude a la Constitución*

No contento con ello, a los pocos meses del año siguiente, es decir en 2008, el Presidente Chávez propuso lo que evidentemente era la verdadera razón de ser de su reforma encallada: la reelección ilimitada del Presidente de la República, adornada ahora, con la propuesta de la reelección ilimitada de todos los funcionarios y autoridades de elección popular: diputados de la Asamblea Nacional, legisladores de los Concejos Legislativos, concejales de los Concejos Municipales, Gobernadores de Estado y Alcaldes municipales.

Esta reforma a pesar de la prohibición constitucional de someter de nuevo en el mismo período constitucional una reforma que haya sido rechazada en el referendo⁸⁰, fue revestida como una “enmienda”, no obstante que en el fondo ya había sido propuesta y derrotada. Además de ello, esta enmienda violó uno de principios fundamentales o cláusulas pétreas de la Constitución, como es el carácter “alternativo” del sistema de gobierno⁸¹. En este caso, el Ejecutivo Nacional se aseguró que resultara aprobada en el referendo.

De esta manera, Venezuela pasó a ser en su momento el único país latinoamericano con un sistema presidencial de reelección ilimitada del Presidente de la República, lo cual se convirtió en un producto de exportación constitucional autoritaria, no por casualidad, para los regímenes de Nicaragua (Ortega), Bolivia (Morales) y Ecuador (Correa). Ello contrasta con el hecho de que cuando el presidente Álvaro Uribe de Colombia trató de hacer aprobar su reforma constitucional para una segunda reelección presidencial, la Corte Constitucional la haya declarado inconstitucional, entre otros motivos, por violar el principio democrático de alternabilidad⁸².

5. *La usurpación de la democracia representativa: el asalto a la Asamblea Nacional*

Bajo la Constitución de 1999 con su enmienda autoritaria de 2008, en diciembre de 2015 se experimentó por primera vez, que la oposición ganara las elecciones parlamentarias, incluso con las dos terceras partes de los diputados de

⁸⁰ Artículo 345, CRBV:

[...] La iniciativa de reforma constitucional que no sea aprobada no podrá presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional.

⁸¹ Nótese que el Artículo 6 de la CRBV, dispone que el gobierno de Venezuela “es y será siempre” democrático y alternativo:

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. (Cursivas nuestras).

⁸² Sentencia C-141/10 de la Corte Constitucional de Colombia, 26 de febrero de 2009. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

la Asamblea Nacional. De allí, que, por primera vez, al menos desde el año 1999, el Ejecutivo Nacional iba a tener un contrapeso institucional, a través de la legislación, los controles, las autorizaciones, las aprobaciones y las investigaciones parlamentarias.

Este acontecimiento ponía a prueba las verdaderas convicciones democráticas y republicanas del Presidente de la República y del Proyecto Revolucionario Socialista, pues la Constitución venezolana le atribuye a la Asamblea Nacional facultades importantes para legislar; ejercer funciones de control sobre el resto de los órganos del Estado; organizar internamente su funcionamiento; e incluso para modificar la Constitución.

No obstante, muy pronto se evidenció que el *chavismo* solo concibe una constitución que le permita estar en control total de todos los poderes públicos nacionales. Este es otro de los elementos esenciales del verdadero proyecto constitucional chavista: un modelo dictatorial que cuando el pueblo ya no apoye al *chavismo* y éste pierda la mayoría, se busquen vías alternas para mantenerse en el poder de manera ilegítima.

Para ello, en diciembre de 2015 se puso en práctica, en pocos días, el aparato judicial del Tribunal Supremo de Justicia controlado férreamente por el *chavismo* y, en horas, se suspendieron a los tres diputados del Estado Amazonas y al diputado indígena de la región sur del país. En efecto, el 30 de diciembre de 2015, en pleno receso judicial, la Sala Electoral del TSJ (SE/TSJ) dictó una medida cautelar mediante la cual se ordenó la suspensión de los efectos de los actos de totalización, adjudicación y proclamación de los tres diputados electos por el estado Amazonas y el diputado de la representación indígena de la Región Indígena Sur (Amazonas y Apure) en las elecciones parlamentarias del 6 de diciembre del 2015. Con esta decisión “cautelar” (aún vigente tres años y medio después), se logró que la coalición parlamentaria de oposición (MUD) perdiera la mayoría calificada de 2/3 partes de sus integrantes, pretendiendo con ello impedir la designación de una serie de altos funcionarios de órganos constitucionales del Estado con períodos vencidos, entre ellos, los rectores del Consejo Nacional Electoral y el Contralor General de la República. De seguidas, el Tribunal Supremo de Justicia se inventó la tesis inexistente del “desacato” para vaciar todas y cada una de las competencias de la nueva Asamblea Nacional instalada en enero de 2016, anulando todas sus leyes y actos dictados, usurpando así la soberanía popular⁸³. Así, a

⁸³ Informe sobre *El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: un instrumento del Poder Ejecutivo*, 2017, Comisión Internacional de Juristas, págs. 6 a 9. Disponible en: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2017/09/Venezuela-Tribunal-Supremo-Publications-Reports-Thematic-reports-2017-SPA.pdf>_Iniciativa de Reparación y Responsabilidad Global “*Logrando justicia por graves violaciones a los derechos humanos en Venezuela*”, Estudio de Referencia de 2017, pp. 11-12, disponible en: <http://www.icj.org/wp-content/uploads/2017/08/Venezuela-GRA-Baseline-Study-Publications-Reports-Thematic-reports-2017-ENG.pdf> ; y ver Ayala Corao, Carlos y Chavero Gazdik, Rafael, *El Libro Negro del TSJ de Venezuela: Del Secuestro de la democracia y la usurpación de la soberanía popular a la ruptura del orden constitucional (2015-2017)*. Fundación de Derecho Público Editorial Jurídica Venezolana, 2017.

través de “sentencias” dictadas fundamentalmente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se desconocieron todas las facultades parlamentarias de i) organizarse internamente; ii) dictar leyes; iii) controlar e investigar al resto de los órganos del poder público; y vi) modificar la *Constitución*.

La gota que rebasó el vaso de esta usurpación de la soberanía popular representativa fue cuando a finales del mes de marzo de 2017, la Sala Constitucional dictó las sentencias No.155⁸⁴ y No. 156⁸⁵, mediante las cuales desconoció la inmunidad parlamentaria y estableció que la Asamblea Nacional no podía ejercer ninguna de sus facultades constitucionales, las cuales, de ese momento en adelante, serían ejercidas por aquella entidad que en cada caso determinara dicho Tribunal.

Tanto la sociedad venezolana como la comunidad internacional cuestionó fuertemente ambas decisiones judiciales, señalándolas como un golpe de estado, en virtud de que configuraban una clara alteración del orden constitucional que impedía en funcionamiento democrático. Y aunque en una inusual decisión posterior, a recomendación del Consejo de Defensa de la Nación, el Tribunal Supremo de Justicia parcialmente dio marcha atrás a estas decisiones judiciales, ellas de inmediato prendieron el fuego de las protestas públicas en Venezuela, frente a lo que la gente consideró como un ataque a su derecho a elegir sus representantes y ante el grave deterioro de sus condiciones de vida. Estas protestas públicas del 2017 como las del 2014, fueron brutalmente reprimidas por un régimen que perdió el apoyo popular y al que solo le quedaba el abuso de la fuerza con las consecuentes violaciones graves a los derechos humanos.

Ahora bien, para adoptar todas esas sentencias inconstitucionales mediante las cuales se vaciaron todas las competencias constitucionales de la Asamblea Nacional, usurpando de esa manera la soberanía constitucional y violando masivamente la Constitución, se utilizó una inexistente figura del “desacato” de la Asamblea Nacional a la sentencia inicial de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia sobre la desincorporación de los diputados del estado Amazonas y la región indígena.

Este insólito e inédito argumento del “*desacato*”, como ha sido utilizado por el Tribunal Supremo de Justicia, no existe ni se encuentra regulado en el Derecho venezolano, sino que ha sido inventado y moldeado por dicho Tribunal, para impedir el funcionamiento de una Asamblea Nacional conformada en su mayoría por diputados de partidos de oposición al Gobierno. Como afirma Jesús María

⁸⁴ Sentencia N° 155 de fecha 28 de marzo del 2017, SC/TSJ, caso *diputado Héctor Rodríguez Castro vs Acuerdo AN sobre reactivación de la Carta Democrática Interamericana*. Expediente N° 17-0323. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197285-155-28317-2017-17-0323.HTML>

⁸⁵ Sentencia N° 156 de fecha 29 de marzo del 2017, SC/TSJ, caso *Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. (CVP) (Interpretación de la Ley Orgánica de Hidrocarburos vs AN)*. Expediente N° 17-0325. Ponencia Conjunta. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197364-156-29317-2017-17-0325.HTML>

Casal, el llamado “*desacato*” que ha utilizado el TSJ para anular gran parte de los actos parlamentarios no es “sino una construcción judicial artificial, perversa constitucionalmente y lesiva del principio democrático, pensada para derribar funcionalmente a la Asamblea Nacional...”. Y más adelante concluye el mismo autor señalando que la “situación de inhabilitación funcional impuesta por el Tribunal Supremo de Justicia es, pues, de alguna manera, un desenlace previsible del ataque político-institucional contra la Asamblea Nacional ejecutado por un gobierno que no acepta el control ni la división de poderes, frente a una mayoría parlamentaria que no se ha rendido ante la arbitrariedad”⁸⁶.

En efecto, los artículos 122 y 123 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia lo *único* que señalan es que quien incumpla una decisión del Tribunal Supremo de Justicia podrá ser objeto de una multa de 200 unidades tributarias o de 300 unidades tributarias, en caso de reincidencia. Es decir, frente al incumplimiento de una decisión del Tribunal Supremo de Justicia, lo *único* que está previsto legalmente es la posibilidad de imponer *multas*, más no *anular* actos presentes y futuros de un *órgano* constitucional, pues en un Estado de Derecho no hay penas accesorias que permitan desconocer todas las actuaciones de un *órgano* del poder público, y mucho menos del *órgano* más representativo del sistema democrático. También, el incumplimiento de una decisión podría ser objeto de ciertas figuras penales con una sanción penal, pero es obvio que en este caso los responsables serían las personas naturales que se nieguen a acatar el fallo judicial, y nunca una institución o el *órgano* del poder público.

Pero como hemos visto, el Tribunal Supremo de Justicia ha considerado que al no darse cumplimiento a unos fallos cautelares que ordenaron desincorporar a unos diputados de la AN, deben entonces considerarse *todos* sus actos como nulos, sin que exista ni una sola disposición constitucional ni legal que consagre tan absurda y desproporcionada sanción.

En conclusión, mediante todas las sentencias *írritas* que han declarado la nulidad presente y futura de todos los actos de la Asamblea Nacional, se ha desconocido no solo la Constitución, sino la voluntad popular expresada por el pueblo venezolano en las elecciones parlamentarias de diciembre de 2015. Ello no habría sido posible sin el control político total por el chavismo del Poder Judicial y, en especial, la Sala Constitucional y el resto del Tribunal Supremo de Justicia.

6. *El secuestro de la democracia representativa y participativa a través del sometimiento del órgano electoral*

Otro poder público constitucional e independiente que ha sido secuestrado políticamente es, nada más y nada menos, que el Poder Electoral, en cabeza de su *órgano*: el Consejo Nacional Electoral. Éste está constitucionalmente encargado, entre otras facultades, de la organización, administración, dirección y vigilancia

⁸⁶ Casal, Jesús María, *Discurso de Incorporación como Individuo de Número, en el Sillón Número 8 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas, 2017.

de todos los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos, así como de los referendos; organizar la inscripción y registro de las organizaciones con fines políticos; controlar, regular e investigar los fondos de financiamiento de las organizaciones con fines políticos; y organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos, así como organizar procesos electorales de otras organizaciones de la sociedad civil a solicitud de éstas, o por orden de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia⁸⁷.

No podía la *revolución chavista*, permitir que el árbitro electoral fuese como lo exige la norma constitucional, es decir, organizado bajo los principios de independencia orgánica, autonomía funcional y presupuestaria, despartidización de los organismos electorales, imparcialidad y participación ciudadana; descentralización de la administración electoral, transparencia y celeridad del acto de votación y escrutinios⁸⁸. Con ello se corría el grave riesgo de que una vez que el *chavismo* perdiera la mayoría del apoyo popular, ese “otro” pueblo y sus representantes, tomaran el control de los órganos constitucionales y con ello el *chavismo* perdiera el poder.

Y aquí es importante hacer una parada para resaltar algo: *el chavismo solo se concibe en el Estado y desde el Estado, nunca fuera de él*. El *chavismo* creció y se desarrolló desde el Estado como un partido de Estado, confundándose con el Estado, con todas las graves consecuencias que ello conlleva. Por eso el *chavismo* no se ve fuera del Estado, como un partido de oposición, con opción de poder a futuro, con parlamentarios y algunos gobernadores y alcaldes. En realidad, el *chavismo* como movimiento político nacional (primero como Movimiento Quinta República -MVR- y luego como Partido Socialista Unido de Venezuela -PSUV-) si bien tuvo su etapa de gestación política pública desde los dos golpes de estado de 1992, la cárcel, el sobreseimiento, el abstencionismo y la campaña electoral de 1998, finalmente su desarrollo tuvo lugar desde el poder, a raíz del triunfo electoral de Hugo Chávez como Presidente de la República en 1998.

Por ello, parte del proyecto constitucional chavista ha sido controlar el órgano electoral, para controlar los procesos electorales y de referendos, especialmente los referendos revocatorios.

La Constitución dispuso un mecanismo abierto y de participación plural en la postulación de los rectores del Consejo Nacional Electoral y la competencia de la Asamblea Nacional para su designación por la *mayoría calificada* de sus diputados: con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes⁸⁹.

⁸⁷ Artículo 293, CRBV.

⁸⁸ Artículo 294, CRBV.

⁸⁹ Artículos 294 y 295 de la CRBV en los siguientes términos:

Artículo 295. El Comité de Postulaciones Electorales de candidatos o candidatas a integrantes del Consejo Nacional Electoral estará *integrado por representantes de los diferentes sectores*

Como lo ha resaltado Brewer-Carías, ya desde 1999 el nombramiento del Consejo Nacional Electoral fue realizado por la Asamblea Nacional Constituyente, en violación a la propia Constitución naciente:

En cuanto al Poder Electoral, por último, la Asamblea Nacional Constituyente, careciendo totalmente de competencia para ello y en forma ilegítima, en el Decreto del 22-12-99 se autoatribuyó competencias para designar a los integrantes del Consejo Nacional Electoral (artículo 40), designaciones que realizó días después, con carácter provisorio, al nombrar a personas todas vinculadas al nuevo poder y a los partidos que apoyaban al gobierno, lo que incluso no garantizaba la imparcialidad electoral necesaria, burlándose del artículo 296 de la Constitución⁹⁰.

Ese acto de la Asamblea Nacional Constituyente de diciembre de 1999, por el cual fueron nombrados los Directivos del Consejo Nacional Electoral –así como el Fiscal General de la República, Contralor General de la República, Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Defensora del Pueblo y miembros del “Congresillo”–, denominado *Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público*, fue objeto de un recurso de nulidad declarado improcedente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 4 del 26 de enero del año 2000. Conforme a la narrativa de la sentencia, entre los fundamentos del recurso, se argumentó “[q]ue a los fines de tales designaciones, el ciudadano Luis Miquilena, Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente, recibió instrucciones directas del Presidente de la República Hugo Chávez Frías, en abierta violación al principio de separación de poderes”. Estos mismos argumentos, fueron esgrimidos ante los Magistrados de la Sala Constitucional quienes habían sido designados por el mismo acto impugnado, a lo cual los jueces res-

de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la ley. // Artículo 296. El Consejo Nacional Electoral estará integrado por cinco personas no vinculadas a organizaciones con fines políticos; tres de ellos o ellas serán postulados o postuladas por la sociedad civil, uno o una por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de las universidades nacionales y uno o una por el Poder Ciudadano. // Los o las tres integrantes postulados o postuladas por la sociedad civil tendrán seis suplentes en secuencia ordinal y cada designado o designada por las universidades y el Poder Ciudadano tendrá dos suplentes, respectivamente. La Junta Nacional Electoral, la Comisión de Registro Civil y Electoral y la Comisión de Participación Política y Financiamiento, serán presididas cada una por un o una integrante postulado o postulada por la sociedad civil. Los o las integrantes del Consejo Nacional Electoral durarán siete años en sus funciones y serán elegidos o elegidas por separado: los tres postulados o postuladas por la sociedad civil al inicio de cada período de la Asamblea Nacional, y los otros dos a la mitad del mismo. // Los o las integrantes del Consejo Nacional Electoral serán designados o designadas por la Asamblea Nacional con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes. Los o las integrantes del Consejo Nacional Electoral escogerán de su seno a su presidente o presidenta, de conformidad con la ley. // Los o las integrantes del Consejo Nacional Electoral serán removidos o removidas por la Asamblea Nacional, previo pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia. (Cursivas nuestras).

⁹⁰ Brewer-Carías, Allan R., **Historia Constitucional de Venezuela**, Caracas, Editorial Alfa, 2008, Tomo II, pág. 267.

ponden de manera casi burlesca aduciendo que, si se aplicara ese mismo criterio a ellos, no podrían entonces decidir el recurso presentado:

Con carácter previo, debe esta Sala referirse insoslayablemente a la especial situación en la que se encuentran los Magistrados de esta Sala, en virtud de que su nombramiento ha sido igualmente cuestionado, lo cual, en principio podría colocarlos en una situación de interés particular frente a la decisión que habrá de dictarse, concretamente la prevista en el numeral 4 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil.

No obstante, como ha sido cuestionado el nombramiento de todos los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y en virtud de que no han sido designados los suplentes y conjueces respectivos –los cuales aun siendo designados estarían en la misma circunstancia de los titulares- no podría aplicarse la solución que otorga el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de manera que la consecuencia de lo antes dicho, sería la imposibilidad de decidir el recurso planteado⁹¹.

Resulta claro entonces, que los mismos Magistrados como ya vimos, de una Sala y un Tribunal controlada políticamente desde el principio, que no ofrecían garantía alguna de imparcialidad y que habían sido designados por el mismo acto impugnado, desecharon el recurso, declarando su improcedencia.

Luego, en noviembre del año 2002, se publicó en Gaceta Oficial la *Ley Orgánica del Poder Electoral* en la cual se desarrollaron las disposiciones constitucionales relativas al Comité de Postulaciones Electorales. Esa regulación contempla la conformación de ese Comité con un número mayoritario de diputados para asegurar el control por parte del partido de gobierno⁹². En ese sentido, Brewer Carías ha afirmado:

Esos Comités son órganos intermedios, algunos permanentes, que obligatoriamente deben estar integrados por *representantes de los diferentes sectores de la sociedad*. Son diferentes a la Asamblea Nacional y *los representantes populares no pueden formar parte de los mismos*. Sin embargo, *lamentablemente este postulado constitucional ha sido violado al regularse la conformación del Comité de Postulaciones Electorales en la Ley Orgánica del Poder Electoral, y el Comité de Postulaciones Judiciales en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, los cuales se han integrado con diputados a la Asamblea Nacional, como Comisiones Parlamentarias ampliadas*⁹³ (Cursivas añadidas).

⁹¹ Consultar la sentencia de la Sala Constitucional del TSJ. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/04-260100-00-009.HTM>

⁹² El artículo 19 de la *Ley Orgánica del Poder Electoral*, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.573 del 19-11-2002, dispone que el Comité de Postulaciones electorales estará conformado por 21 miembros de los cuales 11 son diputados.

⁹³ Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso-administrativos*, Caracas, EJV-CECLA, 2004, pág. 15.

Así mismo, las organizaciones internacionales también advirtieron la contradicción entre las leyes dictadas y las disposiciones constitucionales relativas a los Comités de Postulaciones,

[...] se contradice el espíritu y los principios constitucionales sobre este tema, se crean obstáculos, se usurpa, se confisca y se tutela la legítima participación ciudadana y el efectivo control de la sociedad organizada⁹⁴.

Estas disposiciones constitucionales han sido violadas sistemáticamente desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, vicio que afecta de manera particular la designación de los cinco “rectores” que actualmente lo integran, lo cual ha derivado en la absoluta *politización partidista* del Consejo Nacional Electoral como un órgano parcializado y dependiente del Poder Ejecutivo Nacional y el partido de gobierno (PSUV).

En efecto, el artículo 296 de la Constitución establece que el Consejo Nacional Electoral estará integrado por cinco rectores, *no vinculados a organizaciones*

⁹⁴ Documento *Comité de Postulaciones: Participación y control social en la preselección de candidatos a ocupar cargos de los poderes públicos nacionales Judicial, Ciudadano y Electoral*, elaborado en julio de 2003, por el Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (Raúl Pinto Peña): <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/caracas/03843.pdf>. En ese informe se hace una relación de los mecanismos de designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral, desde el año 2000, cuando se prescindió de la conformación del Comité de Postulaciones Electorales y luego en la inconstitucional regulación de ese Comité en la Ley Orgánica del Poder Electoral, desconociendo los objetivos de despartidización, dispone su conformación mayormente por diputados de la Asamblea Nacional. En ese mismo sentido se ha pronunciado reiteradamente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes desde el año 2003, en el 2017, se lee en los párrafos 127 al 129 lo siguiente: “la información al alcance de la CIDH indica que existe una falta de independencia del CNE. Esta situación se debería, entre otros factores, al incumplimiento reiterado del procedimiento establecido en la Constitución para la elección de sus integrantes. De acuerdo a la Constitución, los candidatos son propuestos por el Comité de Postulaciones Electorales, compuesto por sociedad civil y son elegidos con el voto de las dos terceras partes de la AN. Sin embargo, desde 1999, sus miembros habrían sido elegidos de manera distinta. 128. En efecto, los primeros integrantes del CNE fueron designados por la Asamblea Constituyente de 1999. En el 2000, fueron elegidos por la Comisión Legislativa Nacional. En tres ocasiones (en los años 2003, 2005 y 2014) fueron designados por la Sala Constitucional del TSJ, quien se arrogó dicha función por la omisión legislativa en la que consideró había incurrido la AN por no nombrarlos a tiempo. En dos ocasiones (en los años 2006 y 2010), fueron elegidos por una AN oficialista que negó la participación de un Comité de Postulaciones electoral efectivamente compuesto por la sociedad civil. Más recientemente, en el 2016, la Sala Constitucional del TSJ volvió a designar a las y los rectores del CNE, pero esta vez afirmó que se debía al desacato de la AN. 129. Otro aspecto determinante para la falta de independencia de este órgano constitucional es que sus miembros no cumplirían con el requisito de no estar vinculados a organizaciones con fines políticos, exigido por la Constitución. En efecto, según ha sido advertido, muchos de los rectores del CNE serían o habrían sido operadores de confianza del Gobierno y su personal técnico sería militante en el partido oficialista”. *Informe de País: Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela 2017*, CIDH (31 de diciembre de 2017), OEA/Ser.L/V/II. Doc. 2019.párr. 117-119. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>

con fines políticos, tres (3) de ellos postulados por la sociedad civil, uno por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de la Universidades nacionales y uno por el Poder Ciudadano.

Como vimos antes, estos nombramientos de los rectores del Consejo Nacional Electoral están previstos como una atribución propia y exclusiva de la Asamblea Nacional mediante votación calificada, a partir de la lista de postulados que le presenten la sociedad civil, las facultades de ciencias jurídicas y políticas y el Poder Ciudadano, según corresponda (penúltimo aparte del artículo 296 constitucional). En efecto, conforme a lo previsto en el penúltimo aparte del artículo 296 de la Constitución, los rectores del Consejo Nacional Electoral son designados “*por la Asamblea Nacional con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes*”, duran siete (7) años en el ejercicio de sus funciones y sus designaciones se hacen por separado: los tres postulados por la sociedad civil, al inicio de cada período de la Asamblea Nacional; y los otros dos rectores, a la mitad del período de dicho órgano parlamentario.

Desde el año 2003, los rectores del Consejo Nacional Electoral incluyendo los actuales han sido designados inconstitucionalmente por el Tribunal Supremo de Justicia, mediante decisiones políticas adoptadas por la Sala Constitucional, usurpando las funciones constitucionales propias y exclusivas de la Asamblea Nacional.

Primero, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en la sentencia de 4 de agosto de 2003, al resolver sobre la supuesta omisión del órgano legislativo de proceder a nombrar los rectores del Consejo Nacional Electoral, le otorgó a la Asamblea Nacional, un plazo de 10 días para que cumpliera con su obligación y, si no lo hacía dentro de dicho término, anunció que corregiría en lo que fuese posible la situación que naciera de la omisión concreta, que no era otra que “si transcurrido el lapso aquí señalado, la Asamblea Nacional no ha procedido a nombrarlos, la Sala lo hará dentro de un término de diez (10) días continuos”⁹⁵. Como la propia Sala Constitucional lo anunció en su sentencia, dicho nombramiento es político, por lo que “trasciende lo jurídico”. Transcurridos los 10 días que le había otorgado a la Asamblea Nacional para cumplir su obligación, al no haber logrado la mayoría chavista de la Asamblea poder imponer su criterio y obtener el apoyo de las 2/3 partes de sus integrantes en el nombramiento de los miembros del Consejo Nacional Electoral, la Sala Constitucional procedió a suplir la supuesta “omisión” de la Asamblea Nacional y nombró a sus cinco integrantes (rectores) con una clara mayoría del *chavismo*, por lo que asumió así el control del Consejo Nacional Electoral.

La lección aprendida para el proyecto constitucional chavista era de suma importancia: *lo que no pudo lograr el chavismo con la mayoría calificada de la*

⁹⁵ Sentencia N° 2073 de 4 de agosto de 2003, SC/TSJ, caso: *Hermann Escarrá Malavé y otros*. Ver en **Revista de Derecho Público**, No 93-96 (enero diciembre 2003), Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 2003, págs. 73 a 83 y 520 a 525.

Asamblea Nacional en su propio seno, lo podía lograr a través del control de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo: el control del Consejo Nacional Electoral.

De esta forma, y bajo la errada figura de una “omisión” legislativa, el *chavismo* más nunca pretendió de buena fe nombrar con consenso a los rectores del Consejo Nacional Electoral por la mayoría calificada de las dos terceras partes de los diputados de la Asamblea Nacional, sino que en adelante aquéllos serían nombrados, sustituidos y ratificados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a su vez controlada por el *chavismo*, como ocurrió mediante sentencias del 21 de enero de 2005, 26 de diciembre de 2014 y del 5 de enero del 2017.

Así llegamos a la actualidad, donde los tres (3) rectores que debían ser designados por la Asamblea Nacional mediante voto calificado a partir de las postulaciones presentadas por la sociedad civil, fueron en su lugar indebidamente designados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante una sentencia del 26 de diciembre de 2014⁹⁶. En esa “sentencia” la Sala Constitucional se auto-declaró competente para conocer de la solicitud planteada por quien para entonces se desempeñaba como diputado Presidente de la Asamblea Nacional, Diosdado Cabello Rondón, referente a la declaratoria de la supuesta omisión por parte de dicho órgano legislativo, y, en consecuencia, usurpando las competencias constitucionales de la Asamblea Nacional procedió al nombrar tres Rectores del Consejo Nacional Electoral,

[...] en atención a la solicitud de declaratoria de omisión por parte de la Asamblea Nacional de designar los Rectores y Rectoras del Consejo Nacional Electoral, conforme a las postulaciones realizadas por la sociedad civil se *procede a designar 3 rectores principales*: Tibisay Lucena, Sandra Oblitas y Luis Emilio Rondón y como sus suplentes a Abdón Rodolfo Hernández, Alí Ernesto Padrón Paredes, Carlos Enrique Quintero Cuevas, Pablo José Durán, Marcos Octavio Méndez y Andrés Eloy Brito. (Cursivas añadidas).

De la misma manera, posteriormente, cuando ya el partido de gobierno (PSUV) había perdido la mayoría parlamentaria –e incluso la oposición había ganado en diciembre de 2015 la mayoría calificada de diputados de la Asamblea Nacional-, mediante sentencia del 13 de diciembre de 2016, la Sala Constitucional⁹⁷, nuevamente alegando una supuesta -pero inexistente- omisión legislativa,

⁹⁶ Sentencia No. 1864 de fecha 22 de diciembre del 2014, SC/TSJ, caso *G/D Diosdado Cabello Presidente Asamblea Nacional, alcance artículo 279 de la Constitución Nacional*. Ponencia conjunta. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/173497-1865-261214-2014-14-1343.HTML>

⁹⁷ Sentencia No. 1086 de fecha 13 de diciembre del 2016, SC/TSJ, caso *Héctor Rodríguez Castro vs. Asamblea Nacional, Omisión Legislativa Asamblea Nacional designación de Rectores CNE*. Ponencia conjunta. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/193866-1086-131216-2016-16-1191.HTML>

declaró la nulidad de las actuaciones adelantadas por la Asamblea Nacional y el Comité de Postulaciones Electorales y procedió a *designar* a las dos (2) Rectoras Principales del Consejo Nacional Electoral Socorro Elizabeth Hernández Hernández y Tania D' Amelio Cardiet, y los Rectores Suplentes Iván Zerpa Guerrero y Gustavo Guevara Sifontes. Para cometer esta usurpación de las funciones de la Asamblea Nacional, la Sala Constitucional invocó además del argumento de la inexistente omisión legislativa, el supuesto desacato parlamentario a una sentencia de la Sala Electoral del mismo Tribunal Supremo de Justicia, aduciendo que su consecuencia era el vaciamiento y nulidad de todas las competencias constitucionales de dicha Asamblea Nacional, por lo que debían permanecer en sus cargos, ahora con un nuevo nombramiento judicial, las rectoras Principales del Consejo Nacional Electoral Socorro Elizabeth Hernández Hernández y Tania D' Amelio Cardiet, y los Rectores Suplentes Iván Zerpa Guerrero y Gustavo Guevara Sifonte:

[...] [E]videnciada la ocurrencia de una nueva omisión por parte de la Asamblea Nacional, al no designar dentro del marco de la Constitución y las leyes a dichos rectores del Consejo Nacional Electoral, en el entendido de que a estos se les venció el período de los siete años para el cual fueron designados, el día 4 de diciembre de 2009, fecha en la que fue instalado formalmente el Consejo Nacional Electoral, con la presencia de esos Rectores –ver Gaceta Oficial n.º 39.321 de esa misma fecha- (advírtase que el artículo 296 del Texto Fundamental establece un tiempo preciso de duración del ejercicio de las funciones del cargo de rector o rectora del CNE –“*Los o las integrantes del Consejo Nacional Electoral durarán siete años en sus funciones...*”-), derivándose de allí la urgencia y necesidad de tales nombramientos para preservar el normal funcionamiento del Poder Electoral, quien tiene bajo su responsabilidad mantener vivo en los ciudadanos y ciudadanas, el afecto por la democracia, en cuanto al sistema más adecuado para una pacífica convivencia en sociedad. Así se decide.

Establecido lo anterior, por cuanto se ha verificado la omisión de la designación de Rectores y Rectoras del Consejo Nacional Electoral, en atención al mandato estatuido en los artículos 296, 335 y 336.7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y 25.7 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en correspondencia con la jurisprudencia reiterada (ver sentencia n.º 1865 del 26 de diciembre de 2014), **esta Sala Constitucional decreta:** 1. La designación se efectúa como medida indispensable, atendiendo al mantenimiento de la supremacía constitucional, así como a la estabilidad y a la paz de la República, por haber expirado el período constitucional correspondiente y por falta de diligencia en el trámite de la designación respectiva, aunado a que el órgano parlamentario nacional se encuentra en desacato al Poder Judicial, situación que determina la nulidad de todas sus actuaciones mientras se mantenga tal situación lesiva al orden constitucional. 2. **La Sala designa, para el período que transcurre des-**

de el 4 de diciembre de 2016 al 4 de diciembre de 2023, como primera Rectora principal a la ciudadana Socorro Elizabeth Hernández, titular de la cédula de identidad n.º 3.977.396, y como su suplente al ciudadano Iván Zerpa Guerrero, titular de la cédula de identidad n.º 5.147.743; como segunda Rectora principal a la ciudadana Tania D'Amelio Cardiet, titular de la cédula de identidad n.º 11.691.429, y como su suplente al ciudadano Gustavo Guevara Sifontes, titular de la cédula de identidad n.º 11.916.776; quienes ya fueron postulados e, inclusive, designados **rectores del Consejo Nacional Electoral**, por cumplir todos los requisitos previstos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico para desempeñar esa función pública que deberán ejercer, ahora por un nuevo período, puesto que no existe obstáculo para ello, en virtud de la designación que se efectúa en la presente sentencia, ante la manifiesta y persistente omisión parlamentaria en la que se encuentra la Asamblea Nacional.⁹⁸ (Resaltados añadidos).

De esta forma, la Sala Constitucional usurpando nuevamente las atribuciones constitucionales de la Asamblea Nacional, procedió a designar, a los otros dos (2) miembros del Consejo Nacional Electoral, ratificando en sus cargos a las rectoras Socorro Hernández y Tania D'Amelio, quienes habían sido designadas para el anterior período de siete años en diciembre 2009 con vencimiento en diciembre de 2016.

Es importante advertir, que el fundamento invocado por la Sala Constitucional para hacer estos nombramientos por vía de una *omisión* inconstitucional del poder legislativo, no autorizan en modo alguno a usurpar las atribuciones constitucionales expresas, exclusivas y por tanto excluyentes de la Asamblea Nacional en cuanto a la designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral. En todo caso, dichas normas únicamente facultarían a la Sala Constitucional para

⁹⁸ Las rectoras Socorro Elizabeth Hernández Hernández y Tania D'Amelio Cardiet habían sido designadas en diciembre del año 2009 por la Asamblea Nacional, para esa fecha con mayoría parlamentaria del PSUV, ello a pesar que *su postulación había sido impugnada con motivo de su militancia en el partido de gobierno*. En esa oportunidad SUMATE expresó que de procederse a la designación de esas ciudadanas como rectoras “se estarían anulando potencialmente las actuaciones de los futuros rectores por provenir de una autoridad usurpada en fraude a las normas constitucionales y por ser personas inelegibles en su origen, con lo cual queda viciada su futura competencia en el dictamen de resoluciones para la convocatoria de elecciones, las variadas normativas electorales, la fijación de las circunscripciones electorales, la inscripción de nuevas organizaciones con fines políticos (partidos), la administración del registro electoral y civil, o la promulgación de autoridades electas por el sufragio de los ciudadanos, entre otras de las muchas competencias que le estarían asignadas. Con el fin de prevenir esta inseguridad jurídica, Súmate insta a la Sala Político-Administrativa del TSJ a actuar oportunamente con el fin de *corregir las ilegalidades cometidas por el Comité de Postulaciones Electorales en la tramitación de las candidaturas para los dos rectores principales y los cuatro suplentes del CNE*”. Súmate (Nota de Prensa) (30 de noviembre de 2009) *Súmate exhorta al TSJ a suspender designación de rectores del CNE*. (Cursivas agregadas). Disponible en <http://www.sumate.org/noticias/2009/20091130-sumate-exhorta-al-tsj-a-suspender-designacion-de-rectores-del-cne.html>

establecer el “plazo” y, de ser necesario, los “lineamientos de su corrección” por la omisión en que hubiere incurrido el cuerpo legislativo correspondiente, pero no para dictar los actos constitucionales propios de dicho órgano parlamentario. Estamos así, en presencia de un claro caso de *usurpación de las funciones constitucionales expresas de la Asamblea Nacional por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*, que determina la *ineficacia y nulidad de esas designaciones*, a tenor de lo dispuesto en el artículo 138 de la Constitución.

De manera que, con esa designación, se violó además el derecho político fundamental de acceso a las funciones públicas, en condiciones generales de igualdad, consagrado en los artículos 5, 62 y 70 de la Constitución, en el artículo 20 de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esta usurpación de funciones y secuestro de la autoridad electoral en Venezuela, fue objeto de un fuerte rechazo por la comunidad internacional, como fue, en primer lugar, el *Parlamento Europeo*: en la sesión plenaria del 8 de febrero de 2018, se pronunció sobre el llamado a elecciones en nuestro país, advirtiendo que sólo reconocería elecciones basadas en un calendario electoral viable y que respeten condiciones de participación equitativas, justas y transparentes. El rechazo a la convocatoria a elecciones se fundamentó en el cuestionamiento de la decisión de la Asamblea Nacional Constituyente y en la ausencia de garantías electorales, señalando al respecto, la necesidad de que el Consejo Electoral Nacional sea *imparcial*⁹⁹.

⁹⁹ El texto de este acuerdo afirma: 1. Deplora la decisión unilateral de la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente, carente de reconocimiento tanto internacional como de la Unión Europea, de convocar elecciones presidenciales anticipadas para finales de abril de 2018; lamenta profundamente la reciente sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela por la que se prohíbe la participación de los candidatos de la MUD en las próximas elecciones; señala que son muchos los posibles candidatos que no podrán presentarse a las elecciones por estar en el exilio, en situación de inhabilitación administrativa, en arresto domiciliario o presos; insiste en que no deben imponerse condiciones ni levantarse obstáculos en lo que respecta a la participación de partidos políticos y pide a las autoridades venezolanas que restablezcan plenamente sus derechos a ser elegidos. // 2. Insiste en que la Unión y sus instituciones, incluido el Parlamento Europeo, únicamente reconocerán unas elecciones que estén basadas en un calendario electoral viable y acordadas en el contexto del diálogo nacional con el conjunto de los actores pertinentes y partidos políticos en las que se cumplan unas condiciones de participación equitativas, justas y transparentes, lo que supone que se supriman las prohibiciones que pesan sobre políticos de la oposición, que no haya presos políticos, que se vele por que el Consejo Electoral Nacional tenga una composición equilibrada y sea imparcial, y que existan suficientes garantías, incluido el seguimiento por parte de observadores internacionales independientes; recuerda su disposición a enviar una misión de observación electoral en caso de cumplirse todos los requisitos. (Subrayados añadidos). En el numeral 5 del texto aprobado por el Parlamento Europeo, se insiste en el desconocimiento de la Asamblea Nacional Constituyente y en el apoyo a la Asamblea Nacional, afirmando que es el único órgano al que reconocen como Poder Legislativo válidamente constituido en Venezuela, expresando al respecto: Condena en los términos más enérgicos la continua violación del orden democrático en Venezuela; hace una vez más patente su pleno apoyo a la Asamblea Nacional en cuanto único parlamento legal-

Pocos días antes, el 23 de enero de 2018¹⁰⁰, los cancilleres que conforman la Alianza del llamado *Grupo de Lima* habían reaccionado ante decisión del Gobierno de Venezuela de convocar a elecciones presidenciales para el primer cuatrimestre de este año, rechazando la decisión por considerar que la misma “*imposibilita la realización de elecciones presidenciales democráticas, transparentes y creíbles, conforme a estándares internacionales y contradice los principios democráticos y de buena fe para el diálogo entre el gobierno y la oposición*”. En virtud de lo cual exigían que “*las elecciones presidenciales sean convocadas con una adecuada anticipación, con la participación de todos los actores políticos venezolanos y con todas las garantías que corresponda, incluida la participación de observadores internacionales independientes. Unas elecciones que no cumplan estas condiciones carecerán de legitimidad y credibilidad.*” Así mismo, reiteraron su respaldo a la Asamblea Nacional, democráticamente electa, al tiempo que insisten en desconocer la validez de los actos adoptados por la asamblea nacional constituyente, condenando todas sus actuaciones.

La *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (CIDH) en su informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela, divulgado el 12 de febrero de 2018, relaciona ampliamente las violaciones de todos los derechos humanos, incluidos los derechos políticos y censura la ausencia de garantías electorales, que hacen nugatorio el ejercicio y goce efectivo de los derechos a elegir y ser elegido, así como la Democracia y el Estado de Derecho, indicando en su recomendación N° 13, lo siguiente:

*En relación con el Consejo Nacional Electoral, tomar las medidas necesarias para asegurar su independencia, a través de la aplicación del mecanismo de elección y requisitos establecidos constitucionalmente; así como el aseguramiento en sus decisiones de los derechos políticos de la población venezolana, sin interferencias indebidas.*¹⁰¹ (Cursivas añadidas).

mente constituido y reconocido de Venezuela y pide al Gobierno del país que se le restablezca en su plena autoridad constitucional; rechaza cualquier decisión adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente por constituir una violación de todas las reglas y normas democráticas; manifiesta su apoyo a una solución política en un contexto que incluya al conjunto de los actores pertinentes y partidos políticos; recuerda que la separación y la no interferencia entre los poderes del Estado es un principio esencial de los Estados democráticos que se rigen por el Estado de Derecho.

¹⁰⁰ Declaración Cancilleres Grupo de Lima, en Santiago de Chile, de fecha 23 de enero de 2018. Disponible en: <http://dossier33.com/nacional/pronunciamiento-del-grupo-de-lima-sobre-venezuela/>

¹⁰¹ Esa recomendación está fundamentada en constataciones que se leen a lo largo del Informe, de manera particular en los numerales 16 y 120 al 131, en los cuales se cuestiona la independencia del Poder Electoral por la forma de designación de los rectores que integran el Consejo Nacional Electoral y por las decisiones que ese órgano ha adoptado afectando el ejercicio de los derechos políticos de venezolanos. Ver, *Informe de País: Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela 2017*, CIDH, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 209, 31 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>

El *Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos* adoptó el 23 de febrero de 2018 la Resolución CP/RES. 1095 (2145/18), en cuyos considerandos se cuestiona la credibilidad del proceso electoral convocado, señalando lo siguiente:

[...] el anuncio del Gobierno venezolano de adelantar las elecciones presidenciales al 22 de abril de 2018 imposibilita la realización de elecciones democráticas, transparentes y creíbles de conformidad con las normas internacionales, y contradice los principios democráticos y la buena fe.

En virtud de lo cual, tomando en cuenta el contenido del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y entendiendo “*que un proceso electoral libre y justo es fundamental para resolver de manera pacífica y democrática la actual crisis, y el único camino posible para la vigencia del Estado de Derecho en Venezuela*”, exhorta:

[...] a que reconsidere la convocatoria de las elecciones presidenciales y presente un nuevo calendario electoral que haga posible la realización de elecciones con todas las garantías necesarias para un proceso libre, justo, transparente, legítimo y creíble, que incluya la participación de todos los partidos y actores políticos venezolanos sin proscritos de ninguna clase, observadores internacionales independientes, acceso libre e igualitario a los medios de comunicación, y con un Consejo Nacional Electoral cuya composición garantice su independencia y autonomía y que goce de la confianza de todos los actores políticos.¹⁰² (Cursivas añadidas).

Con el sometimiento político del Consejo Nacional Electoral, se terminó secuestrando la democracia representativa y participativa. Después del triunfo electoral de la oposición en las elecciones parlamentarias de diciembre de 2015, el *chavismo* se aseguró que en lo adelante no se celebrarían más elecciones libres que pudiera perderlas. De esta manera, el referendo revocatorio promovido por iniciativa ciudadana el año 2016, fue bloqueado en un concierto político gubernamental entre el Consejo Nacional Electoral y unos pocos tribunales penales de provincia; seguidamente, las elecciones de gobernadores y alcaldes se suspendieron y mientras tanto, se ilegalizaron varios de los principales partidos de oposición y se inhabilitaron políticamente mediante actos administrativos a los principales candidatos de la oposición. Así una vez culminada esta etapa de destrucción institucional y organizacional, el entonces Presidente de la República, Nicolás Maduro, convocó por decreto, de manera inconstitucional y sin referendo previo, a una Asamblea Nacional Constituyente cuyos integrantes fueron electos no por votación universal, directa, personalizada y secreta, sino por “sectores” creados arbitrariamente y votos municipales sin base poblacional. Una vez consumada

¹⁰² Resolución sobre los últimos acontecimientos en Venezuela. OEA/Ser.GCP/RES.1095(2145/18), 23 de enero de 2018. Disponible en: [http://www.oas.org/documents/spa/press/CP-RES.1095\(2145-18\).pdf](http://www.oas.org/documents/spa/press/CP-RES.1095(2145-18).pdf)

esta nueva etapa, ilegalizados partidos e inhabilitados candidatos de oposición, la nueva Asamblea Nacional Constituyente, sin ser el órgano constitucionalmente competente, convocó a elecciones de gobernadores y alcaldes y, luego, de manera también inconstitucional, convocó adelantadamente las elecciones presidenciales para que tuvieran lugar con casi con 8 meses de anticipación en el mes de mayo de 2018. Elecciones éstas, que tanto la OEA como la Unión Europea y varios organismos internacionales desconocieron por fraudulentas¹⁰³.

De esta manera, con el sometimiento político del Consejo Nacional Electoral, se puso fin a la verdadera democracia representativa y participativa prevista en la Constitución de Venezuela.

7. *El sometimiento de los demás órganos constitucionales autónomos*

El gran proyecto constitucional del *chavismo* es controlar todos los poderes públicos para someterlos al proyecto político, sin límite ni control alguno. Para ello, además del Consejo Nacional Electoral, también se ha controlado de manera férrea la designación del Fiscal General de la República, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República. Estos tres órganos integran el Consejo Moral Republicano como órgano a su vez del Poder Ciudadano, el cual por disposición constitucional “es independiente y sus órganos gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa”¹⁰⁴.

De conformidad con la Constitución, la designación de estos tres altos funcionarios del Estado corresponde a la *Asamblea Nacional por votación de la mayoría calificada de las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes*. Para ello, el Consejo Moral Republicano convocará un Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, el cual estará integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad, a fin de adelantar un proceso público de cuyo resultado se obtendrá una terna por cada órgano del Poder Ciudadano, la cual será sometida a la consideración de la Asamblea Nacional¹⁰⁵. El mismo artículo 279 constitucional prevé la situación en la cual en caso de no haber sido convocado el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, la Asamblea Nacional procederá, dentro del plazo que determine la ley, a la designación del titular o la

¹⁰³ Ver entre otros, con 19 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones OEA aprueba resolución sobre Venezuela. Disponible en: http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/oea-aprobo-resolucion-que-declara-ilegitimo-maduro_265882 y <http://efectococuyo.com/politica/con-19-votos-a-favor-4-en-contra-y-11-abstenciones-oea-aprueba-resolucion-sobre-venezuela/>; Eurocámara aprueba resolución para rechazar las elecciones en Venezuela: <http://efectococuyo.com/principales/eurocamara-aprueba-resolucion-para-rechazar-las-elecciones-en-venezuela/>; <http://efectococuyo.com/principales/eurocamara-aprueba-resolucion-para-rechazar-las-elecciones-en-venezuela/>; <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20180528/el-union-europea-anuncia-sanciones-contra-venezuela-6843370>; y Grupo de Lima rechaza elecciones presidenciales de Venezuela. Disponible en: <https://www.telesurtv.net/news/Grupo-de-Lima-rechaza-elecciones-presidenciales-de-Venezuela-20180213-0062.html>

¹⁰⁴ Artículo 273, CRBV.

¹⁰⁵ Artículo 279, CRBV.

titular del órgano del Poder Ciudadano correspondiente. Evidentemente al estar esta disposición en la misma norma y no establecerse una mayoría parlamentaria diferente, no hay duda de que en este caso la designación de los titulares de estos cargos debe hacerse igualmente por *la Asamblea Nacional por votación de la mayoría calificada de las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes*.

No obstante, en el año 2014, cuando correspondía la nueva designación de los cargos de Fiscal General de la República, Defensor del Pueblo y Contralor General de la República, el *chavismo* (PSUV) no contaba con la mayoría calificada de las dos terceras (2/3) partes de los integrantes de la Asamblea Nacional. En virtud de ello, igualmente buscaron imponer su nombramiento, violando la Constitución. Para ello, utilizaron de nuevo a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para que le diera “cobertura” a esta violación material flagrante. Así, lo primero que se hizo fue hacer que el Consejo Moral Republicano no enviara las ternas a la Asamblea Nacional y, de seguidas, el entonces Presidente de la Asamblea Nacional, Diputado Diosdado Cabello, presentó ante la Sala Constitucional un recurso de interpretación del comentado artículo 279 de la Constitución, para que se determinara en ese caso -como si no estuviese meridianamente claro-, la mayoría parlamentaria que se requería para sus nombramientos. El recurso fue presentado el 19 de diciembre de 2014 y a los pocos días, el 22 de diciembre de ese mismo año, la Sala Constitucional, insólitamente interpretó que se solamente se requería la mayoría simple (que erradamente llamó “absoluta”), es decir, *la mitad más uno de los diputados presentes en la sesión parlamentaria* que corresponda al nombramiento de los titulares de los cargos de Fiscal General de la República, Defensor del Pueblo y Contralor General de la República:

En consecuencia, esta Sala Constitucional determina, luego de la interpretación fundamentada en los razonamientos expuestos, que en la situación planteada por el ciudadano Presidente de la asamblea Nacional y que motivó el requerimiento interpretativo declarativo, *ese Órgano Legislativo Nacional debe proceder, luego de los trámites correspondientes, a la escogencia por mayoría absoluta -mitad más uno de los diputados y diputadas presentes en la sesión parlamentaria que corresponda-* de los titulares de las instituciones que componen el Consejo Moral Republicano, en un tiempo no mayor de treinta (30) días continuos.¹⁰⁶ (Cursivas añadidas).

De esta forma, el *chavismo*, al no tener los votos de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, buscando la cobertura de una nueva decisión de su Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, burló la mayoría parlamentaria calificada establecida expresamente por la Constitución para

¹⁰⁶ Sentencia No. 1864 de fecha 22 de diciembre del 2014, SC/TSJ, caso *G/D Diosdado Cabello Presidente Asamblea Nacional, alcance artículo 279 de la Constitución Nacional*. Ponencia conjunta. Disponible en: <https://vlexvenezuela.com/vid/diosdado-cabello-rondon-593332490>

el nombramiento de los titulares de los cargos de Fiscal General de la República, Defensor del Pueblo y Contralor General de la República. Con ello no sólo se violó groseramente la Constitución, sino que se rompió una regla de mayorías parlamentarias esencial para la vida democrática. La lección para el proyecto constitucional chavista: *si el chavismo no tiene la mayoría parlamentaria constitucionalmente exigida para tomar una decisión, la inventa a su conveniencia y la impone con la cobertura de la propia jurisdicción constitucional a la que controla políticamente.*

8. *Una nueva Constituyente usurpadora: sin referendo, ni sufragio por votación universal e igual y sin Constitución*

En 2017, luego de casi dos años de intervención judicial inconstitucional de la Asamblea Nacional, se hacía impresentable que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia siguiera asumiendo todas las facultades de la Asamblea Nacional para la aprobación de presupuestos, créditos públicos, contratos de interés público y hasta de informe anual del presidente.

Frente a ello, en ese año 2017, el *chavismo* se inventó otra fase de su proyecto constitucional: *convocar a una suerte de asamblea paralela todo poderosa de corporaciones y soviets con el nombre de Asamblea Nacional Constituyente, de manera abiertamente arbitraria e inconstitucional, sin aprobación previa de la convocatoria y bases comiciales por referendo, y mediante un fraude electoral consistente en la elección de representantes por sectores y votos municipales*¹⁰⁷. En todo caso, en medio de un fraude electoral que terminó con denuncias públicas y el retiro de la empresa que manejaba el software para el Consejo Nacional Electoral -que denunció discrepancia entre los votos anunciados en el resultado oficial y los emitidos por el sistema informático-, se impuso esta nueva Constituyente, sin límite de tiempo y declarándose por encima de la Constitución de 1999¹⁰⁸. Así, con este nuevo proyecto constitucional del *chavismo*, también queda claro otro de sus componentes: *cuando se hace necesario para la sobrevivencia política del proyecto de poder absoluto, simplemente hay que dejar de lado la Constitución escrita y crear un órgano supra constitucional.* Es así que éste nuevo órgano todo poderoso y sin límites, al que se le bautizó como Asamblea Nacional Constituyente, se convierte en el nuevo *Leviatán* del Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos.

¹⁰⁷ Ver Ayala C., Carlos, “*La Asamblea Nacional Constituyente de Maduro -2017: fraude constitucional y usurpación de la soberanía popular (inconstitucionalidad e inconventionalidad de la Convocatoria y las Bases Comiciales)*” en Brewer-Carías, Allan y García Soto, Carlos (comp), **Estudios Sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su Inconstitucional Convocatoria en 2017**, Editorial Temis y Fundación de Derecho Público Editorial Jurídica Venezolana, 2017. Disponible en: <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/07/ESTUDIOS-SOBRE-LA-AN-CONSTITUYENTE-25-7-2017.pdf>

¹⁰⁸ Ver *Normas para garantizar el pleno funcionamiento institucional de la Asamblea Nacional Constituyente en armonía con los Poderes Públicos constituido*, Gaceta Oficial No. 6.322 Extraordinaria, de 8 de agosto de 2017.

De hecho, luego de más de año y medio de instalada esta Asamblea Nacional Constituyente integrada por más de 500 miembros y cuyo quórum real se desconoce, ésta se ha arrogado sin límite las competencias constitucionales de los demás órganos del poder público (excepto del Ejecutivo Nacional) y en particular de la Asamblea Nacional: ha legislado, aprobado nombramientos, destituido a la Fiscal General de la República cuando descubrió su independencia y criticó los abusos de poder y la violación de la Constitución y ha nombrado su nuevo Fiscal General, nombrado a su nuevo Defensor del Pueblo y a su nuevo Contralor General, ratificado a los rectores del CNE, aprobado presupuestos, y cuanto otro acto le venga en gana¹⁰⁹. A pesar de ello, luego de año y medio de funcionamiento de esta Asamblea Nacional Constituyente, no se conoce ni un artículo del nuevo texto constitucional, sencillamente porque ya no importa. De esta forma llegamos al verdadero proyecto constitucional chavista: *la inexistencia de la idea de Constitución y de la Constitución misma como fuente y límite del poder, principios y valores superiores, con el reino de la arbitrariedad sin control alguno; y la “neutralización” de todo foco de poder público que, aunque tenga su legitimidad en una elección popular, pueda hacer oposición o simplemente no someterse a su voluntad política absoluta.*

¹⁰⁹ Ver, por ejemplo, *Decreto Constituyente sobre la Emergencia y Reestructuración del Ministerio Público; Decreto Constituyente de la Remoción de la ciudadana Luisa Marvelia Ortega Díaz como Fiscal General de la República; Decreto Constituyente de la designación provisional del cargo de Fiscal General de la República de Tarek Williams Saab*; Gaceta Oficial No. 6.322 Extraordinaria, de 5 agosto de 2017. *Decreto Constituyente sobre convocatoria a elecciones en la República Bolivariana de Venezuela*, Gaceta Oficial No. 41.351, de 1 de marzo de 2018. *Decreto Constituyente sobre Criptoactivos y la Criptomoneda Soberana Petro*, Gaceta Oficial No. 6.370 Extraordinaria, de 9 de abril de 2018. *Decreto Constituyente mediante el cual se ratifica al ciudadano Nicolás Maduro Moros, como Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, Jefe de Estado y de Gobierno, Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, para el cual fue electo por decisión del soberano Pueblo de Venezuela*, Gaceta Oficial No. 6.325 Extraordinaria, de 10 de agosto de 2017. *Decreto Constituyente mediante el cual se ratifica a las ciudadanas Tibisay Lucena Ramírez, Sandra Oblitas Ruzza, Socorro Elizabeth Hernández y Tania D’Amelio Cardiet, como Rectoras del Consejo Nacional Electoral*, Gaceta Oficial No. 6.326 Extraordinaria, de 11 de agosto de 2017. *Decreto Constituyente mediante el cual se ratifica en el ejercicio de sus funciones constitucionales a los Magistrados y Magistradas Principales del Tribunal Supremo de Justicia; y, Decreto Constituyente mediante el cual se ratifica al ciudadano Luis Emilio Rondón González, como Rector Principal del Consejo Nacional Electoral*, Gaceta Oficial No. 41.214, de 15 de agosto de 2017. *Decreto Constituyente mediante el cual se designa al ciudadano Elvis Eduardo Hidrobo Amoroso, como Contralor General de la República; y se aprueba la solicitud de jubilación del ciudadano Manuel Galindo Ballesteros*, Gaceta Oficial No. 41.508, de 23 de octubre de 2018. *Decreto Constituyente mediante el cual se ratifica en el ejercicio de sus funciones al ciudadano Alfredo José Ruíz Ángelo como Defensor del Pueblo*, Gaceta Oficial No. 41.529, de 21 de noviembre de 2018. *Decreto Constituyente que aprueba la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Económico Financiero 2019, la Ley Especial de Endeudamiento Anual para el Ejercicio Económico Financiero 2019 y el Plan Operativo Anual 2019; y, Decreto Constituyente que aprueba el Presupuesto de Ingresos y Gastos Operativos del Banco Central de Venezuela para el Ejercicio Fiscal 2019*, Gaceta Oficial No. 41.549, de 19 de diciembre de 2018.

El único objetivo político de la nueva Asamblea Nacional Constituyente fue usurpar la representación popular y las funciones constitucionales de la Asamblea Nacional electa en el año 2015. Por ello, una vez que el régimen autoritario logró fraudulentamente retomar el control político de la Asamblea Nacional en diciembre el año 2020, hizo cesar a la toda poderosa Constituyente, sin que esta hubiese aprobado siquiera un solo artículo de la prometida nueva constitución. En efecto, luego de la retoma de control político de la Asamblea Nacional por parte del PSUV, Nicolás Maduro anunció que la Asamblea Nacional Constituyente cesaría el 31 de diciembre de ese año 2020, expresando al respecto: “misión cumplida”¹¹⁰.

La lección ya había sido aprendida y aplicada: para poder imponer el proyecto autoritario total chavista en contra de la Constitución, se deben controlar todos los poderes nacionales y si es necesario, entonces imponer así sea transitoriamente un órgano “supra constitucional” sin límite alguno, que sustituya las funciones constitucionales del órgano fuera de control político. Ahora bien, para ello es esencial controlar el poder judicial y en especial la jurisdicción constitucional.

9. La “domesticación” de la Asamblea Nacional en el 2020

En el año 2020, ante el término del mandato constitucional de cinco años de la Asamblea Nacional electa en el 2015, el régimen comenzó a tramar una farsa electoral que le permitiera, sin tener el apoyo de la mayoría del pueblo, retomar el control político de dicho órgano del poder legislativo nacional y así “domesticarlo”.

Para ello, el régimen orquestó y ejecutó una serie de insólitas medidas arbitrarias, entre otras, modificó el régimen electoral, nombró nuevas autoridades del Consejo Nacional Electoral, inhabilitó a partidos políticos de oposición, intervino partidos políticos de oposición y se los asignó a dirigentes afines al chavismo e inhabilitó a candidatos de la oposición. De esta manera, sin garantía alguna de las normas y estándares mínimos para tener unas elecciones libres y democráticas, el régimen de Nicolás Maduro convocó a nuevas elecciones parlamentarias básicamente con sólo con sus candidatos del gobierno y de la oposición.

Esta última fase de ataque del régimen contra la Asamblea Nacional electa democráticamente en el año 2015 -luego de la usurpación de sus funciones por el Tribunal Supremo de Justicia desde el 2016 y por la Asamblea Nacional Constituyente desde el 2017-, comenzó con un acto de sabotaje ejecutado a comienzos del 2020, para tratar de imponer una Junta Directiva paralela ilegítima, a la Junta Directiva legítimamente electa presidida por el diputado Juan Guaidó. Esta estrategia la llevó a cabo mediante la cooptación de un grupo de diputados de los

¹¹⁰ “Oficialistas de Venezuela cierran criticada asamblea constituyente” by Reuters Staff, December 18, 2020, REUTERS. Disponible en: <https://www.reuters.com/article/venezuela-politica-constituyente-idLTAKBN28S359>

principales partidos de oposición, a quienes se les ofreció como premio presidir la nueva Junta Directiva. Así, el día 5 de enero de 2020, con ocasión de la elección de la nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional para el periodo 2020-2021, al presidente de la Asamblea Nacional y a muchos otros diputados les fue negado el acceso a la sede en el Palacio Federal Legislativo por los organismos de seguridad del Estado, ocurriendo incluso agresiones con violencia contra algunos diputados. Ello no impidió que la mayoría de los diputados sesionaran en una sede alterna y se instalara legítimamente la Junta Directiva de la Asamblea Nacional presidida por el diputado Juan Guaidó. Sin embargo, violando las normas básicas sobre quórum y procedimientos parlamentarios, el chavismo pretendió imponer una Junta Directiva paralela presidida por el diputado Luis Parra, quien hasta momentos antes había sido diputado de oposición por el partido Primero Justicia. A estos diputados tránsfugas de sus partidos se les vino en llamar popularmente como “los alacranes”.

La decisión fue rechazada por distintas entidades calificadas en Venezuela y por la comunidad internacional¹¹¹. Al día siguiente, la oposición del parlamento de Venezuela ratificó a Juan Guaidó como su presidente¹¹². Como era de esperarse, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 26 de mayo de 2020, avaló como jefe de la Asamblea Nacional a Luis Parra¹¹³, lo cual a su vez generó una reacción dentro y fuera de Venezuela¹¹⁴.

Siendo el 2020 el año en que debían tener lugar las elecciones parlamentarias nacionales en el mes de diciembre, el régimen comenzó además a ejecutar el fraude electoral. Para ello, se va a utilizar nuevamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Un primer grupo de sentencias fueron dictadas, con motivo de un recurso interpuesto contra de la supuesta omisión legislativa por parte de la Asamblea Nacional de designar a los funcionarios que sustituirían en sus cargos a los Rectores del Consejo Nacional Electoral. Por medio de estas sentencias la Sala

¹¹¹ Ver, “Pronunciamento de las Academias Nacionales ante los graves atentados contra la soberanía e institucionalidad de la Asamblea Nacional”, Caracas, 8 de enero de 2020. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/01/v.-3-Pronunciamento-interacademico-7E-juramentación-de-la-Asamblea-Nacional-.pdf>

¹¹² “*Mayoría opositora del Parlamento venezolano ratifica a Guaidó. La Asamblea Nacional calificó de ‘ilegal’ una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, que avaló como jefe del Congreso al chavista Luis Parra*”, DW.COM América Latina. Disponible en: <https://www.dw.com/es/mayor%C3%ADa-opositora-del-parlamento-venezolano-ratifica-a-guaidó/a-53608189>

¹¹³ “Sala Constitucional del TSJ ratifica a Luis Parra como presidente de la Asamblea Nacional”, 27 de mayo de 2020. Disponible en: www.tsj.gob.ve

¹¹⁴ “*Supremo de Venezuela anula presidencia parlamentaria de Guaidó. Máximo tribunal de línea chavista avaló al disidente opositor Luis Parra como único presidente del Parlamento*”, DW.COM América Latina. Disponible en: <https://www.dw.com/es/supremo-de-venezuela-anula-presidencia-parlamentaria-de-guaidó/a-53579491>

Constitucional procedió directamente a designar a los integrantes del Consejo Nacional Electoral y de sus órganos electorales subalternos¹¹⁵, siendo que esta es una facultad constitucional exclusiva y excluyente de la Asamblea Nacional por mayoría calificada de sus diputados¹¹⁶. Ello, a pesar de que la Asamblea Nacional había adelantado el proceso de nombramiento de los rectores del Consejo Nacional Electoral, mediante el nombramiento del Comité de Postulaciones, el proceso de postulaciones y revisión de credenciales y la preparación del informe final al pleno. Sin embargo, frente a ello el chavismo de nuevo tomó el atajo ilegítimo de acudir al Tribunal Supremo que controla políticamente, para obtener el nombramiento de los rectores bajo su control.

Como si fuera poco, la Sala Constitucional además en la sentencia número 68 pretendió absurdamente desaplicar con efectos *erga omnes*, doce normas legales de naturaleza electoral contenidos en la Ley Orgánica de Procesos Electorales, en los artículos 14, 15, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182 y 186, y más absurdamente asignar su regulación al Consejo Nacional Electoral, también en violación de las facultades constitucionales para legislar de la Asamblea Nacional. En aplicación de esta irregular asignación de competencias legislativas, el Consejo Nacional Electoral así designado, realizó varias modificaciones a la Ley sobre el método de elección general y el los diputados representantes de los pueblos indígenas. Con relación a éstos últimos, las nuevas normas dictadas eliminaron la elección universal, directa y secreta de los diputados indígenas, sustituyéndolas por elecciones de comisarios a mano alzada en asambleas, quienes a su vez se reunirían en una asamblea mayor para designar entre ellos a los diputados indígenas¹¹⁷. De esta manera, se desmontó también la democracia representativa en la elección popular de los diputados que representan a los pueblos indígenas en la Asamblea Nacional. Y como lo afirmó Brewer-Carías, estas normas configuraron “el fin de la democracia representativa basada en el sufragio universal, directo y secreto regulado en la Constitución”¹¹⁸.

Con estas sentencias se ejecutó una grave distorsión del recurso por omisión legislativa por la Sala Constitucional, al usurpar las potestades constitucionales exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional, en violación del principio de

¹¹⁵ Sentencias números 68, 69 y 70, de fechas 05, 10 y 12 de junio de 2020, SC/TSJ. Disponibles en: www.tsj.gob.ve

¹¹⁶ Artículo 296, CRBV.

¹¹⁷ *Reglamento especial para regular la elección de la representación indígena en la Asamblea Nacional 2020*, Resolución N° 200630-0024, Consejo Nacional Electoral, Caracas, 30 de Junio de 2020. Disponibles en: www.cne.gob.ve

¹¹⁸ Brewer-Carías, Allan R., “El fin de la democracia representativa basada en el sufragio universal, directo y secreto regulado en la Constitución. El caso de la inconstitucional reglamentación por parte del Consejo Nacional Electoral de un sistema electoral ‘indirecto’ y ‘a mano alzada’ para los tres diputados de representación indígena a la Asamblea Nacional”, New York, 29 de julio de 2020. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/07/209.-Brewer.-INCONSTITUCIONAL-SIST.-ELECTORAL-DIPUTADOS-INDIGENAS.pdf>

separación de poderes y el principio de legalidad, consagrados en los artículos 136 y 137 de la Constitución. En efecto, la Constitución no autoriza a la Sala Constitucional a designar altos funcionarios públicos cuyo nombramiento está atribuido expresamente a la Asamblea Nacional. El recurso por omisión legislativa solo atribuye la competencia judicial a dicho Tribunal para declarar la omisión legislativa, y de ser necesario, establecer “los lineamientos de su corrección”¹¹⁹, pero no para dictar los actos constitucionales propios del órgano parlamentario. Esta sentencia inconstitucional además violó los requisitos constitucionalmente exigidos, a partir de la lista de postulados que le presenten a la Asamblea Nacional la sociedad civil, las facultades de ciencias jurídicas y políticas y el Poder Ciudadano, según corresponda (penúltimo aparte del artículo 296 constitucional).

Un segundo grupo de sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, decidió intervenir mediante “medidas cautelares” a partidos políticos de oposición, mediante la suspensión de sus autoridades legítimas y el nombramiento judicial de autoridades con facultades de administrar los partidos, especialmente de disponer la inscripción de candidatos para las próximas elecciones parlamentarias y utilizar los símbolos de esos partidos¹²⁰.

Este segundo grotesco grupo sentencias, violan gravemente el derecho a la democracia, los principios y valores superiores del ordenamiento jurídico venezolano como la libertad y el pluralismo político; el derecho constitucional de asociarse con fines políticos y, concretamente, en la libre determinación de los partidos políticos que implica la libre elección de su dirección y sus candidatos a cargos de elección popular a través de la selección en elecciones internas con la participación de sus integrantes¹²¹.

Además, conforme a la Carta Democrática Interamericana, el régimen plural de partidos y organizaciones políticas es un *elemento esencial* de la democracia (artículo 3). En este sentido, la Constitución (artículo 67) y los instrumentos internacionales de derechos humanos consagran el derecho de los ciudadanos a formar partidos políticos libres. Ello prohíbe que el Estado y menos a través de su brazo político en el poder judicial, intervenir arbitrariamente los partidos políticos, para someterlos a su proyecto político. Por ello, la insólita ocupación y secuestro de los partidos políticos ejecutada por las sedicentes decisiones judiciales de la jurisdicción constitucional, representó una pluriviolaación de la Constitución y la democracia misma.

En virtud de todo ello, de nuevo las Academias Nacionales se pronunciaron cuestionando abiertamente estas sentencias por violar la Constitución y los princi-

¹¹⁹ Artículo 336, numeral 7.

¹²⁰ Entre otras, las sentencias números 71 y 72 de fechas 15 y 16 de junio de 2020, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por medio de las cuales ordenó la suspensión de las directivas de las organizaciones con fines políticos (partidos políticos) *Acción Democrática y Movimiento Primero Justicia*. Disponibles en: www.tsj.gob.ve

¹²¹ Artículos 2, 5, 6, 62, 67 y 70, CRBV.

pios democráticos¹²². La Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela además concluyó su propio pronunciamiento crítico al respecto, con la siguiente afirmación sobre la ilegitimidad de las próximas elecciones parlamentarias:

La Academia debe advertir públicamente, que bajo las actuales condiciones consistentes, entre otras, en la falta de independencia e imparcialidad del Consejo Nacional Electoral; la ilegalización e intervención de los principales partidos de oposición; la inhabilitación, detención arbitraria y persecución de actuales diputados y dirigentes políticos de oposición; y la ausencia en general de las garantías esenciales para la celebración de elecciones libres, justas y creíbles como expresión de la soberanía del pueblo, no es posible la realización de elecciones legítimas como las de diputados a la Asamblea Nacional.¹²³

Más adelante, las Academias de Medicina y de Ciencias Políticas y Sociales, emitieron otro pronunciamiento sobre las elecciones parlamentarias convocadas para diciembre de ese año 2020, concluyendo que en virtud de todos los vicios que contenían serían nulas e incapaces de elegir y llamando al país a celebrar verdaderas elecciones democráticas, para superar la crisis nacional:

Las votaciones no democráticas no eligen. Unas votaciones bajo este cúmulo de vicios y múltiples violaciones de la Constitución y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, son incapaces de elegir. Todo acto que viola los derechos garantizados en la Constitución es nulo, y de su nulidad no puede derivarse consecuencia alguna, pues equivale a un acto inexistente. Por tanto, del evento convocado para el 6 de diciembre es imposible derivar una elección de los nuevos diputados que sustituirán a los actuales diputados electos legítimamente el diciembre de 2015.

Para superar la ruptura del orden constitucional y comenzar a superar la emergencia humanitaria compleja que sufre el país, es necesario restablecer la democracia, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos. Ello solo es posible a través de elecciones verdaderamente democráticas, bajo los estándares universales y con observación internacional. Por lo cual, la convocatoria del evento electoral del próximo 6 de diciembre

¹²² “Pronunciamiento Interacadémico. En vista de las Sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo De Justicia designando los Rectores del Consejo Nacional Electoral y sus órganos subalternos, e interviniendo varios partidos políticos”, Caracas 18 de junio de 2020. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/06/Pronunciamiento-interacademico-en-rechazo-de-las-sentencias-68-69-y-70-SC-c.docx-v-2-1-3.pdf>

¹²³ “Pronunciamiento de la Academia De Ciencias Políticas Y Sociales con relación a las Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo De Justicia que designó a los integrantes del Consejo Nacional Electoral y los **Órganos** Electorales Subalternos, y que intervino varios partidos políticos”, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 18 de junio de 2020. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/06/Pronunciamiento-ACPS-contra-sentencias-68-69-70-71-72-SC.pdf>

en las condiciones antes denunciadas es además una irresponsabilidad frente al país y frente a la historia.

10. *El instrumento clave: el sometimiento del Poder Judicial y en especial de la jurisdicción constitucional*

En el caso venezolano, controlado políticamente el Poder Judicial en cabeza del Tribunal Supremo de Justicia y su Sala Constitucional, en especial ésta última fue la encargada de ejecutar el proyecto autoritario de poder. De allí en adelante, no se controlaron ni las leyes, ni los decretos presidenciales, ni los actos administrativos, ni ninguno de los actos de los demás poderes cooptados por el *chavismo*. Así la jurisdicción constitucional no sólo renunció a ejercer su función como guardián de la Constitución, sino que ella misma se convirtió en el ejecutor de violaciones flagrantes a la propia constitución, a la democracia y a los derechos humanos.

Ahora bien, ¿cómo lograr que la Constitución esté al servicio del proyecto político de la revolución chavista? La pregunta era y es pertinente, ya que, si el Estado previsto en la Constitución de 1999 se organizara conforme a los principios del Estado de Derecho, como son la separación de poderes y especialmente la independencia del poder judicial, se estaría gestando la destrucción de la propia Constitución real y el Estado chavistas. Por ello, con el triunfo electoral, primero al Presidente de la República, Hugo Chávez Frías, -de un liderazgo popular indiscutible y autoritario-; luego a la Asamblea Nacional Constituyente de 1999; y luego a la Asamblea Nacional (al menos desde 2000 hasta el 2015), se estructuró un *Estado de Partido Oficial o Hegemónico* (MVR, luego PSUV). Ello tuvo lugar, primero, a través de la elección por la Asamblea Nacional Constituyente -de manera abrupta sin ni siquiera seguir los trámites y procedimientos constitucionales- de los órganos constitucionales (Consejo Supremo Electoral, Fiscal General de la República y Contralor General de la República) y en especial a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia¹²⁴; y segundo, a través de leyes u otros actos de aprobación y autorización constitucional a los actos del Presidente de la República, pero sobre todo, a través de sentencias que aprobaron todos sus actos incluyendo aquellos que violan la Constitución abiertamente.

El resultado de ello fue el inmediato asalto a todos los poderes públicos por miembros del partido oficial y sus acólitos, para secuestrarlos y ponerlos al servicio de la revolución *chavista*, es decir, del comandante supremo en el ejercicio de la presidencia de la República. En un primer momento, en el año 2000 se logró

¹²⁴ Recordemos que, en diciembre de 1999, mediante un *Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público*, la Asamblea Nacional Constituyente designó a todos los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Consejo Supremo Electoral, Fiscal General de la República, Contralor General de la República y Defensor del Pueblo: *Decreto mediante el cual se dicta el Régimen de Transición del Poder Público*, Gaceta Oficial No. 36.857, de 27 de diciembre de 1999.

la mayoría calificada de la Asamblea Nacional con el cuoteo o reparto de algunos pocos cargos de magistrados en el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) a algunos partidos de oposición; luego, cuando se vio una peligrosa tendencia a dictar sentencias que no eran del agrado del comandante supremo de la revolución y Presidente de la República, se decidió en el año 2004 hacer una purga del TSJ y aumentar el número de sus integrantes de tres (3) a cinco (5), excepto en la Sala Constitucional que pasaron de cinco (5) a siete (7)¹²⁵. Sin embargo, al no obtener la mayoría calificada de las dos terceras partes de los diputados de la Asamblea Nacional requerida para el nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y los demás órganos constitucionales, se buscaron diversas fórmulas creativas, todas inconstitucionales, para retener el control político: para la elección de los magistrados y magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, se estableció en su ley orgánica, que si luego de tres votaciones no se logra la elección de los magistrados por las dos terceras partes (2/3) de los diputados, entonces la Asamblea Nacional procederá a su elección por “mayoría simple”¹²⁶. En definitiva, el partido oficial proponía sus candidatos sin necesidad lograr la aprobación de la oposición parlamentaria, y se sentaba tranquila a esperar las tres votaciones, para a la cuarta imponer finalmente sus candidatos por mayoría simple.

En efecto, la ampliación en el año 2004 de la composición del TSJ de veinte (20) a treinta y dos (32) magistrados por medio de la aprobación de la reforma a la Ley Orgánica del TSJ sin la mayoría calificada que se requería constitucionalmente, por tratarse de una ley orgánica, permitió a la coalición oficialista en la Asamblea Nacional nombrar doce (12) magistrados, obteniendo así una gran mayoría de magistrados en el Tribunal Supremo aliados o afectos al partido de gobierno, como lo señaló en su momento el Relator Especial sobre Independencia de Magistrados y Abogados de Naciones Unidas¹²⁷, quien concluyó que “*la adopción y aplicación de esta Ley, contraria a la Constitución venezolana y a los principios del derecho internacional, ha creado un poder judicial fuertemente politizado*”.

Adicionalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha resaltado la gravedad de los procedimientos de designación de los magistrados desde 2004 hasta la actualidad, función que le corresponde a la Asamblea Nacional del país. En ese sentido, en su Informe de 2004¹²⁸ menciona:

¹²⁵ *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Gaceta Oficial No. 37.942, de 20 de mayo de 2004.

¹²⁶ Artículo 8, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*.

¹²⁷ *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, Leandro Despouy, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 2004/33 - Relatoria Especial de las Naciones Unidas sobre Independencia de Magistrados y Abogados, Addendum: Situations in specific countries or territories*, E/CN.4/2005/60/Add.1, 18 de marzo de 2005, párr. 167.

¹²⁸ *Informe Anual 2004*, CIDH, Capítulo V: Venezuela. OEA/Ser.L/V/II.122 Doc. 5 rev. 1., 23 de febrero de 2005. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/cap.4d.htm>

174. Sin embargo, debe señalarse que la Ley Orgánica del Tribunal de Justicia aprobada por la Asamblea Nacional no toma en consideración las preocupaciones expresadas por la CIDH en su informe en cuanto a posibles amenazas a la independencia del poder judicial. En efecto, *las normas de designación, destitución y suspensión de los magistrados carecen de previsiones adecuadas para evitar que otros poderes del Estado puedan afectar la independencia del tribunal, o que escasas mayorías circunstanciales decidan la composición del éste sin previa consulta a la sociedad a través de un debate amplio y transparente.* (Cursivas añadidas).

Posteriormente en el año 2010, la Asamblea Nacional saliente de mayoría absoluta oficialista, modificó las condiciones y mecanismos para designar magistrados del Tribunal Supremo de Justicia en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, meses antes de que se celebraran las elecciones parlamentarias de ese año y la oposición política a Hugo Chávez conquistó un tercio (1/3) de los curules en la Asamblea Nacional. De forma similar, el ya cuestionado Tribunal Supremo de Justicia acordó la resolución No. 2010-0011 en su Sala Plena, permitiendo una particular jubilación adelantada de magistrados que habían mostrado un criterio jurisdiccional autónomo e inconveniente para el partido de gobierno y para el Poder Ejecutivo. El objetivo era que la Asamblea Nacional saliente procediera a hacer nuevos nombramientos, para cubrir la vacante de nueve (9) magistrados jubilados y treinta y dos (32) nuevos magistrados suplentes.

La politización y falta de independencia de la escogencia de nueve (9) magistrados principales y treinta y dos (32) suplentes del TSJ se hizo evidente cuando se designaron cinco (5) magistrados que, alejados de cumplir con los requisitos constitucionales y legales para poder optar por el cargo, eran diputados de la Asamblea Nacional vinculados al Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV) y a la entonces Procuradora General de la República (funcionaria del Ejecutivo Nacional)¹²⁹.

Durante el año 2015, fueron convocados comicios parlamentarios para elegir a los diputados de la Asamblea Nacional. Como se dijo, el 6 de diciembre, la oposición política venezolana conquistó electoralmente la mayoría calificada de los escaños¹³⁰. Según lo establecido en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia vigente¹³¹, existía un grupo de magistrados del máximo tribunal que fueron escogidos en 2004 y culminarían su período cons-

¹²⁹ Juan José Mendoza, Malaquías Gil, Roberto Quintero, Ninoska Queipo Briceño y Gladys Gutiérrez, todos diputados del partido de gobierno o agrupaciones afines electos en 2006, la última también Procuradora General de la República entre 2007 a 2010, hasta su designación como magistrada.

¹³⁰ “Venezuela: la oposición consigue mayoría calificada de 3/5 en las elecciones parlamentarias, 8 de diciembre de 2015”, BBC Mundo. Disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/12/151207_venezuela_elecciones_mud_mayoria_calificada_n

¹³¹ *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Gaceta Oficial No. 39.522, de 1 de octubre de 2010.

titucional en 2016, motivo por el que sería la Asamblea Nacional de 2016, cuya composición sería de mayoría opositora, la encargada de realizar el proceso de selección de esos Magistrados.

No obstante, previo a la realización de las elecciones parlamentarias, trece (13) magistrados principales –elegidos en 2004– presuntamente firmaron una solicitud de jubilación adelantada (basados en el mismo procedimiento de 2010), lo cual los separaría del cargo antes de culminar su período constitucional¹³². De esta forma, se dejaron unas vacantes en esos cargos que serían convenientemente suplidas por magistrados escogidos por la Asamblea Nacional en funciones para el momento, de denotada mayoría oficialista.

En ese momento y, a pesar de no contar con la mayoría calificada de dos tercios (2/3) del parlamento, requerida para la elección de magistrados, el partido de gobierno procedió a elegir finalmente a los nuevos trece (13) magistrados principales y veintiún (21) magistrados suplentes del Tribunal Supremo de Justicia el 23 de diciembre de 2015¹³³, sin seguir ninguno de los procesos y lapsos constitucionales, legales y reglamentariamente dispuestos para tal fin; ni siquiera se ciñeron a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010 que permitía la elección de los magistrados del máximo tribunal mediante aprobación por mayoría simple de la Asamblea Nacional (1/2), una vez fuese inalcanzable el consenso de las dos terceras (2/3) partes de los integrantes del parlamento luego de haber intentado la elección durante tres (3) sesiones plenarias.

De los trece (13) magistrados principales, únicamente tres (3) cumplen con todos los requisitos constitucional y legalmente establecidos para poder ser nombrado en dicha posición; entre los elegidos se encuentran nuevamente personas directamente vinculadas al partido de gobierno, habiendo sido asesores o incluso habiendo ejercido cargos dentro del poder ejecutivo¹³⁴.

Como mencionábamos anteriormente, el 14 de octubre de 2015 la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia había aprobado las peticiones de jubilación

¹³² “Con jubilaciones anticipadas suben a 18 las vacantes del TSJ que la AN sustituirá antes del 6D”, Efecto Cocuyo (15 de octubre de 2015). Disponible en: <http://efectococuyo.com/politica/con-jubilaciones-anticipadas-suben-a-18-las-vacantes-del-tsj-que-la-an-sustituira-antes-del-6d/>

¹³³ “Conozca la lista de Magistrados del TSJ designados por la Asamblea Nacional”, Diario Panorama (23 de diciembre de 2015). Disponible en: <https://www.panorama.com.ve/politica/economia/Conozca-la-lista-de-Magistrados-del-TSJ-designados-%20por-la-Asamblea-Nacional-20151223-0046.html>

¹³⁴ Como ejemplo, tenemos al Presidente del TSJ Maikel José Moreno Pérez; la Presidenta de la Sala Político- Administrativa, María Carolina Ameliach Villarroel; el Presidente de la Sala de Casación Civil Yván Darío Bastardo Flores; el Magistrado, Calixto Ortega Ríos diputado suplente del Parlamento Latinoamericano por el Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV) y diputado de la Asamblea Nacional en los períodos 2000-2005 y 2006-2011; la Magistrada de la Sala Electoral, Jhannett María Madriz Sotillo, miembro PSUV; los Magistrados Arcadio Delgado Rosales y Christian Zerpa, de la Sala Constitucional y Electoral, este último diputado de la Asamblea Nacional por e PSUV en el período 2011-2016.

que hicieron trece (13) magistrados. Sin embargo, no se trató de jubilaciones enteramente voluntarias sino realizadas bajo fuerte presión gubernamental. A tal efecto, el 17 de febrero de 2016, dos (2) de estos magistrados jubilados –Carmen Elvigia Porras y Luis Ortíz Hernández- declararon ante la Comisión de Evaluación sobre la Designación de Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, órgano perteneciente a la Asamblea Nacional, que los trece (13) magistrados habían sido presionados para pedir sus jubilaciones un año antes del período previsto constitucionalmente, con el fin de crear vacantes anticipadas de los puestos y así dejar la posibilidad de asignación de esos nuevos magistrados a la Asamblea Nacional dominada por el oficialismo¹³⁵. Por ello, la opinión pública conoció a estos nuevos jueces como los “magistrados express”.

Sobre este respecto, el Instituto de Derechos Humanos de la *International Bar Association*, la Unión Internacional de Magistrados Grupo Ibero-Americano y la Comisión Internacional de Juristas¹³⁶ han expresado lo siguiente:

18. Nuevas designaciones controversiales de magistrados del TSJ tuvieron lugar también en diciembre de 2010 cuando, de los nueve magistrados principales designados, al menos cinco fueron diputados en la AN y miembros del partido de gobierno (PSUV). Actualmente, Gladys Gutiérrez, quien había sido previamente Procuradora General de la República por designación del Presidente, ocupa la presidencia del TSJ y, Exactamente lo mismo sucedió en diciembre 2015, cuando el partido de gobierno en la AN procedió a elegir apresuradamente mediante mayoría simple de los diputados, a 13 (trece) magistrados principales y 3 (tres) magistrados suplentes del TSJ, consolidando nuevamente el control político de esa alta instancia judicial, lo que demuestra un patrón sistemático de actuación en contra de la independencia judicial. Entre los magistrados de la Sala Constitucional designados el 23 de diciembre de 2015, figura Calixto Ortega, quien participó como candidato a diputado por el PSUV en las elecciones parlamentarias del 6 de diciembre del mismo año y luego de perderlas fue electo magistrado.

¹³⁵ “Ex magistrados del TSJ denunciaron que fueron extorsionados y amenazados para dejar sus cargos”, RunRun.es (17 de febrero de 2016). Disponible en: <http://runrun.es/nacional/venezuela-2/248932/ex-magistrados-del-tsj-denunciaron-que-fueron-extorsionados-y-amenazados-para-dejar-sus-cargos.html>; “Ex magistrada: Maikel Moreno y presidenta del TSJ me presionaron para adelantar mi jubilación”, RunRun.es (1 de marzo de 2016). Disponible en: <https://runrun.es/investigacion/251041/audio-ex-magistrada-maikel-moreno-y-presidenta-del-tsj-me-presionaron-para-adelantar-mi-jubilacion/>

¹³⁶ *Informe alternativo conjunto. Examen del cuarto informe periódico de la República Bolivariana de Venezuela presentado al Comité de Derechos Humanos*, 114 Sesión de la Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 29 de junio a 24 de julio de 2015; Venezuela (República Bolivariana de Venezuela), Instituto de Derechos Humanos de la International Bar Association, la Unión Internacional de MagisGrupo Ibero-Americano y la Comisión Internacional de Juristas. Disponible en: <https://uprdoc.ohchr.org/uprweb/downloadfile.aspx?filename=2784&file=SpanishTranslation>.

19. *Los nombramientos del TSJ han sido seriamente criticados por organizaciones nacionales e internacionales*, así como diversos académicos. Antes de la designación de los magistrados que tendría lugar en diciembre de 2015, tanto Human Rights Watch como el IBAHRI y la Academia de Ciencias Políticas y Sociales advirtieron sobre el inminente ‘copamiento’ político del TSJ y exhortaron a las autoridades venezolanas a garantizar la separación de poderes. (Cursivas añadidas).

También se han elaborado otros pronunciamientos y comunicados de organismos multilaterales; entre estos, podemos encontrar observaciones realizadas a Venezuela durante el Examen Periódico Universal en el año 2016, donde se recomienda: “*Adoptar las medidas necesarias para respetar la separación e independencia de los distintos poderes, entre ellos el Consejo Nacional Electoral, el Parlamento y el poder judicial, en particular el Tribunal Supremo de Justicia*”¹³⁷. Nuevamente, la CIDH en su Informe País sobre Venezuela de 2017,¹³⁸ señaló:

81. Los problemas en torno al nombramiento de los miembros del TSJ se volvieron a manifestar casi inmediatamente después de que la oposición ganara las elecciones legislativas del 6 de diciembre del 2015, cuando la entonces AN oficialista nombró, el 23 de diciembre de 2015, a trece nuevos magistrados del TSJ. Los principales cuestionamientos a estos nombramientos fueron que no se respetaron los plazos establecidos por ley para la elección, no se contestaron las impugnaciones presentadas a los candidatos y se objetaron los perfiles de varios de los magistrados elegidos. Precisamente con la composición elegida se han producido serias injerencias a la AN a las que se referirá la CIDH en la próxima sección (Capítulo II.A.2). Dicha composición también ha sido responsable de las preocupantes sentencias que destituyen o inhabilitan alcaldes y gobernadores, que también serán abordadas por la Comisión más adelante (Capítulo II.B.2).

82. La Comisión ha advertido anteriormente los riesgos para la independencia judicial que conlleva que un órgano político, como la AN, realice el nombramiento de los miembros de una alta corte, como el TSJ, sin mayores garantías. Para evitar tales riesgos, la CIDH reitera que es indispensable la difusión previa de convocatorias, plazos y procedimientos que deben estar claramente definidos en la Constitución y otras normas aplicables; la garantía de acceso igualitario e incluyente de las y los candidatos; la participación de la sociedad civil y la calificación con base en el mérito y capacidades profesionales. A tales efectos, también resulta importante la elaboración previa de un perfil claro de las cualidades personales y capaci-

¹³⁷ *Examen Periódico Universal 2016*, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/34/6. Disponible en: <https://daccess-ods.un.org/TMP/3006809.05580521.html>

¹³⁸ *Informe de País: Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela 2017*, CIDH, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 209, 31 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>

dades que debe tener la o él candidato; la investigación y evaluación de sus antecedentes; llevar a cabo un proceso de elección transparente, de carácter público; y que las entidades encargadas del nombramiento motiven su decisión. En esa medida, la CIDH condena que, a pesar de sus observaciones en informes anuales anteriores, los procesos de elección de los miembros del TSJ continúen sin respetar dichas garantías, incluso cuando algunas de ellas se encuentran previstas por su propio ordenamiento jurídico. En vista de ello, la Comisión urge al Estado a cumplir en los futuros procesos de elección estas garantías, establecer mecanismos que sancionen su incumplimiento y modificar su normativa a la luz de estos lineamientos, para garantizar en mejor medida la independencia de la más alta instancia judicial.

83. *La independencia de los miembros del TSJ también se ha visto perjudicada por la falta de estabilidad en sus cargos.* De acuerdo a información recibida por la Comisión, de los 84 magistrados del TSJ nombrados desde su creación, solo 7 habrían cumplido con el periodo de 12 años establecido por la Constitución. Aproximadamente, el 60% de los magistrados que no cumplió con ese periodo, *se retiró por jubilación anticipada.* Sin embargo, la información disponible indica que tal jubilación no sería voluntaria en todos los casos. Al respecto, destacan los 13 magistrados que se retiraron en el 2015 para que la AN designara ese mismo año a nuevos miembros. El 17 de febrero de 2016, dos de los jueces retirados, denunciaron ante la Comisión Especial que había creado la AN para investigar las rápidas elecciones del 2015, que fueron forzados a jubilarse de manera adelantada. La Comisión expresa su condena a estas denuncias, pues contravienen la garantía de inamovilidad en el cargo. Al respecto, la CIDH ha señalado en virtud de este principio, que las y los jueces solo podrán ser removidos cuando se venza su periodo o condición de nombramiento, se llegue a la edad de la jubilación forzosa o exista un control disciplinario. Ninguno de estos supuestos se estaría cumpliendo en el escenario reseñado. (Cursivas añadidas).

En ese mismo sentido, la falta de garantía de estabilidad se extiende a los fiscales del Ministerio Público, los cuales forman parte medular del proceso penal en Venezuela y son precisamente los receptores principales de denuncias sobre violaciones a derechos y comisión de delitos en Venezuela, así como los encargados de velar y tramitar solicitudes de protección.

Así las cosas, esa CIDH ha determinado que *“la capacidad de las y los fiscales o su disposición para iniciar procesos penales se encontraría limitada por la falta de transparencia en su selección, inestabilidad en sus puestos y ausencia de criterios técnicos para la asignación de investigaciones penales”*¹³⁹.

¹³⁹ Informe de País: *Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela 2017*, CIDH, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 209, 31 de diciembre de 2017, párr. 134. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>

En ese sentido, otro hecho relacionado al contexto institucional de Venezuela se refiere a la arbitraria destitución y nombramiento de los Fiscales Generales de la República por la Asamblea Nacional Constituyente¹⁴⁰. El mismo día de su inconstitucional instauración, el 5 de agosto de 2017, la ANC decidió destituir a la Fiscal General de la República, Luisa Ortega Díaz¹⁴¹, quien desde febrero de 2017 había mostrado una posición crítica e independiente del gobierno. La Asamblea Constituyente nombró en su lugar al actual Fiscal General, Tarek Williams Saab, quien no cumple con los requisitos para ser Fiscal General de la República dada su pública vinculación con el partido de gobierno¹⁴². Es este el máximo representante del Ministerio Público en Venezuela, así como máximo jerarca de su administración, siendo la autoridad que nombra a los *fiscales provisorios*; similar a la situación del Poder Judicial, los Fiscales de la República tampoco pueden brindar garantías suficientes de independencia e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

El Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, ya ha manifestado su preocupación por “*la independencia del Poder Judicial en Venezuela, la imparcialidad de los jueces y fiscales y las presiones que enfrentan cuando se trata de casos políticamente sensibles. Los casos de la Jueza María Lourdes Afuni y Leopoldo López son ilustraciones evidentes de estos problemas*”¹⁴³.

Previamente, en el Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal del año 2011 sobre Venezuela figuran las recomendaciones que fueron rechazadas por el Estado, que en su mayoría tienen que ver con la situación de falta de independencia del Poder Judicial y los fiscales del Ministerio Público¹⁴⁴.

Igualmente, en el Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal del 2016, figuran veintiún (21) recomendaciones hechas por otros Estados al Estado venezolano vinculadas a la independencia del Poder Judicial¹⁴⁵.

¹⁴⁰ La Asamblea Constituyente es un mecanismo de modificación de la Constitución, en el año 2017, fue convocado inconstitucionalmente por Nicolás Maduro, desde entonces ha fungido como poder supraconstitucional sobre el resto de los órganos del Poder Público (incluido la Asamblea Nacional, el Tribunal Supremo de Justicia y el Ministerio Público), con control absoluto de partidarios afines al partido de gobierno.

¹⁴¹ Medidas Cautelares número 449/17, *Luisa Ortega Díaz y familia respecto a Venezuela*, CIDH, 3 de agosto de 2017. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2017/27-17MC449-17-VE.pdf>

¹⁴² Gaceta Oficial No. 6.322 Extraordinario, de 8 de agosto de 2017.

¹⁴³ *Declaración del Alto Comisionado en la Reunión Especial del Consejo de Derechos Humanos con ocasión de la visita del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela*, ACNUDH, 12 de noviembre de 2015. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16744&LangID=S>

¹⁴⁴ *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal*, Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, 7 de diciembre de 2011, A/HRC/19/12, párr. 96. Disponible en: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/12/EPU-Venezuela-2011.pdf>

¹⁴⁵ *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal*, Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, 24 de diciembre de 2016, A/HRC/34/6. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/441/45/PDF/G1644145.pdf?OpenElement>

Asimismo, el Comité de Derechos Humanos en agosto del 2015 indicó su preocupación respecto a la falta de independencia del Poder Judicial, a la provisionalidad de la mayoría de los jueces y a la falta de información sobre el porcentaje de fiscales provisorios¹⁴⁶.

De forma complementaria, la Relatoría Especial sobre Independencia de Magistrados y Abogados de Naciones Unidas se manifestó sobre la situación en Venezuela y, mediante un comunicado de prensa, urgió al Estado venezolano a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar plenamente que jueces, magistrados y fiscales puedan realizar sus funciones con plena independencia y garantías en aras de garantizar los derechos humanos en el país.

El Relator Especial hizo un llamado a todas las instituciones estatales a “*respetar, promover y garantizar la independencia e imparcialidad de la judicatura, así como el derecho de todas las personas a que ésta pueda desempeñar sus funciones en un entorno seguro y resolver los asuntos que conozca sin restricción alguna, sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo*”; asimismo, señaló que “*En el actual periodo de inestabilidad, la falta de fiscales y magistrados de carrera, así como el hecho de que la mayoría de jueces tengan nombramientos provisionales y de corta duración, produce una severa merma en la independencia del sistema judicial*”¹⁴⁷.

De esta mera, resulta evidenciado el carácter parcializado y político que tiene el Poder Judicial en cabeza de todos los jueces de la República. La falta de independencia del poder judicial en Venezuela se extiende a la situación de precariedad en la estabilidad de jueces provisorios y permanentes que vulneran cualquier ápice de garantía al debido proceso necesaria a través de jueces independientes e imparciales. Por su parte, el Ministerio Público ha sido afectado por la misma situación, la falta de estabilidad de los Fiscales y la posibilidad de que sean removidos de sus cargos de forma arbitraria, sin que medie procedimiento alguno distinto a la voluntad de su máxima autoridad conlleva a un contexto de Fiscales carentes de independencia e imparcialidad.

Este dismantelamiento de la independencia judicial no se limitó al Tribunal Supremo de Justicia, sino que se llevó a todo el sistema judicial, terminando con la estabilidad de los jueces, mediante un sistema de jueces *provisorios* designados

¹⁴⁶ *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la República Bolivariana de Venezuela*, Comité de Derechos Humanos, 14 de agosto de 2015, CCPR/C/VEN/CO/4, párr. 15. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhssbM7JCwZtFkfb2j9CZsmcbCJTZg7FHMeF5ZKobh7v6BNh7YSs9wUKw7ySny41o4jZSXEolhxUMwKGU%2F19kiGVg6CmC6URjwR3O1WdeqK5>

¹⁴⁷ *Venezuela: Relator Especial urge al Estado garantizar la independencia judicial mientras se acentúa la presión gubernamental*, Relatoría Especial sobre Independencia de Magistrados y Abogados, 8 de febrero de 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24150&LangID=S>

a dedo y que pueden ser removidos sin causal legal alguna, sin procedimientos y ni derecho a recurrir.

Este desmantelamiento de la justicia ocasionó un colapso de la inseguridad ciudadana ante cifras de más de un 90% de impunidad en los delitos comunes y de hasta un 99% en los delitos contra los derechos humanos. Pero al mismo tiempo, esos funcionarios (jueces y fiscales) al servicio del poder ejecutivo, son los encargados de ejercer la persecución y detención de la disidencia: estudiantes, líderes sindicales, políticos, campesinos, profesionales, etc.

Con relación al poder judicial venezolano, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su informe sobre Venezuela presentado al Consejo de Derechos Humanos en el mes de julio de 2020, ratificó su “preocupación por la falta de independencia del sistema judicial en la República Bolivariana de Venezuela, expresada en informes anteriores por el propio ACNUDH¹⁴⁸, por los órganos creados en virtud de tratados y los procedimientos especiales de las Naciones Unidas¹⁴⁹, durante el examen periódico universal del país¹⁵⁰ y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁵¹ y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁵².”¹⁵³ Así mismo, al manifestar su preocupación por la situación de inseguridad en el cargo de los jueces, ya que limita “la independencia de los jueces” y los expone a “injerencias indebidas de sus superiores, así como de fuentes externas” afirmó:

¹⁴⁸ Véase también *Violaciones de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela: una espiral descendente que no parece tener fin*, ACNUDH, documento A/HRC/41/18, junio de 2018, párr. 76.

¹⁴⁹ Véanse, por ejemplo, CCPR/C/VEN/CO/4; *Osío Zamora c. la República Bolivariana de Venezuela* (CCPR/C/121/D/2203/2012), párr. 9.3; *Cedeño c. la República Bolivariana de Venezuela* (CCPR/C/106/D/1940/2010), párr. 7.2; CAT/C/VEN/CO/3-4; A/HRC/WGAD/2019/13; A/HRC/WGAD/2019/39; A/HRC/WGAD/2019/75; las comunicaciones AL VEN 4/2017, de fecha 28 de julio de 2017; UA VEN 6/2018, de fecha 13 de septiembre de 2018; AL VEN 4/2018, de fecha 13 de septiembre de 2018; y UA VEN 1/2020, de fecha 28 de enero de 2020.

¹⁵⁰ Documento del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: A/HRC/34/6.

¹⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, sentencia de 1 de julio de 2011.

¹⁵² *Situación de los derechos humanos en Venezuela: Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela - Informe de país*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 31 de diciembre de 2017. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>

¹⁵³ *Independencia del sistema judicial y acceso a la justicia en la República Bolivariana de Venezuela, también respecto de las violaciones de los derechos económicos y sociales, y situación de los derechos humanos en la región del Arco Minero del Orinoco*, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 44o período de sesiones, 15 de junio a 3 de julio de 2020, Tema 4 de la agenda, Situaciones de derechos humanos que requieren la atención del Consejo, documento A/HRC/44/54, párr. 6. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/242/34/PDF/G2024234.pdf?OpenElement>

“La información de que dispone el Acnudh refleja que los magistrados del TSJ tienen control sobre las decisiones de los tribunales inferiores en todo el país, sobre todo en el ámbito del derecho penal. Las personas entrevistadas indicaron que, especialmente en los casos de relevancia política, los jueces aguardan recibir instrucciones de los magistrados del TSJ antes de tomar una decisión por temor a ser despedidos o a sufrir otras represalias. En 2009, la Jueza María Lourdes Afiuni Mora fue procesada tras pronunciar un fallo para dar cumplimiento a una decisión del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Tras ser encarcelada, fue puesta en libertad en 2011 con medidas cautelares. Su caso tuvo un claro efecto disuasorio entre los jueces, inhibiéndolos de actuar de forma independiente por temor a un proceso penal”.¹⁵⁴ (Resaltados añadidos).

11. *De la ruptura del Estado Constitucional de Derecho a la ruptura del Estado Internacional de Derecho*

Otra lección aprendida de este proceso chavista es importante: *para poder imponer el proyecto constitucional autoritario chavista, es esencial incumplir sistemáticamente las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, denunciar la Convención Americana y la Carta de la OEA.*

Sueltas por completo las amarras de la Constitución y el Estado de Derecho en el orden interno, el paso siguiente fue romper las amarras de los límites y controles del Derecho Internacional y en especial de los derechos humanos. De esta forma, *de la ruptura del Estado Constitucional de Derecho se avanza a la ruptura del Estado Internacional de Derecho*, lo cual permite a su vez, la consolidación de la huida del Derecho.

A pesar de las normas avanzadas sobre derechos humanos que logramos incorporar en la Constitución de 1999 (*vgr.* jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, obligación de dar cumplimiento a las decisiones de los órganos internacionales sobre derechos humanos, progresividad de los derechos, obligación del Estado de investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos y de reparar a las víctimas, prohibición de amnistías e indultos de graves violaciones a los derechos humanos, etc.), el *chavismo* nunca se las tomó en serio.

Desde un comienzo, en el año 2000, comenzó el rechazo por las decisiones de los órganos de protección internacional de derechos humanos, que luego pasó a un incumplimiento sistemático de todas las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de los demás órganos del sistema de Naciones Unidas¹⁵⁵.

¹⁵⁴ *Independencia del sistema judicial y acceso a la justicia en la República Bolivariana de Venezuela...*, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 15 de junio a 3 de julio de 2020, *cit.*, párr. 9.

¹⁵⁵ Ver lo expuesto en nuestro trabajo, *Ayala Corao, Carlos M., La “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*. Fundación Manuel García Pelayo. Caracas, 2009.

Este incumplimiento sistemático fue llevado en paralelo por un agravamiento de las violaciones a los derechos humanos imputables al Estado venezolano: detenciones arbitrarias, torturas, ejecuciones arbitrarias, persecución a defensores de derechos humanos, líderes sociales y partidos de la oposición, y luego a los derechos a la salud y alimentación, que han sido ampliamente documentadas en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos desde 1999¹⁵⁶ y de las Naciones Unidas¹⁵⁷.

Luego de acumular condenas incumplidas y de optar por una política de insultos y ataques a los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos, como había sido ya “solicitado” en 2008 por la Sala Constitucional, el entonces Ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, Nicolás Maduro Moros, denunció de la Convención Americana de Derechos Humanos, mediante nota de fecha 6 de septiembre de 2012, adoptada por órdenes directas del Presidente de la República, Hugo Chávez Frías, presentada el 10 de septiembre de 2012, ante la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (“OEA”), convirtiéndose en el primer -y único- país latinoamericano en denunciar este instrumento¹⁵⁸.

Esta decisión dejó a las víctimas de las violaciones a los derechos humanos, ocurridas a partir del año siguiente, sin la protección de dicho tribunal internacional.

No contento con ello, y como quiera que ante los atropellos a la democracia y los derechos humanos la OEA había activado la Carta Democrática Interamericana respecto a Venezuela, el Gobierno chavista de Venezuela decidió denunciar la Carta de la OEA, mediante nota de fecha 27 de abril de 2017, consignada en fecha 28 de abril de 2017 por la Embajadora Interina de Venezuela ante la OEA, Carmen Luisa Velásquez, por ante el Secretario General de la OEA, Luis Almagro, convirtiéndose en el primer -y único- país miembro de la OEA en denunciar este instrumento¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Se pueden consultar estos informes de la CIDH en: www.cidh.org

¹⁵⁷ Informes de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *2017: Violaciones y abusos de los derechos humanos en el contexto de las protestas en la República Bolivariana de Venezuela del 1 de abril al 31 de julio de 2017*, en: http://www.ohchr.org/Documents/Countries/VE/HCREportVenezuela_1April-31July2017_SP.pdf, y *2018: Violaciones de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela: una espiral descendente que no parece tener fin*, en: https://www.ohchr.org/Documents/Countries/VE/VenezuelaReport2018_SP.pdf

¹⁵⁸ Ver lo expuesto por nosotros en: Ayala Corao, Carlos, *Inconstitucionalidad de la Denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela*, en: **Revista Europea de Derechos Fundamentales**, Instituto de Derecho Público, Valencia, España, No. 20/2º semestre 2012, disponible en: www.kas.de/uruguay/es/publications/20306/.

¹⁵⁹ Ver lo expuesto en: Ayala Corao, Carlos, **Inconstitucionalidades de la Denuncia de la Carta de la OEA por Venezuela y sus consecuencias en el Derecho internacional**, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios No.113, Caracas, 2017.

Tanto la denuncia de la Convención Americana como la denuncia de la Carta de la OEA configuran violaciones manifiestas a la Constitución de Venezuela, por lo cual no deben tener efecto en el Derecho internacional¹⁶⁰.

IV. CONCLUSIÓN: LA CONSTITUCIÓN COMO IDEOLOGÍA PARTIDISTA AL SERVICIO DEL PROYECTO POLÍTICO. EL FIN DE LA DEMOCRACIA

Como hemos visto, con la destrucción de la Constitución y el Estado de Derecho, se terminó secuestrando la democracia representativa y participativa en Venezuela.

Con el sometimiento político de los poderes públicos, incluido el Consejo Nacional Electoral, y en especial el Poder Judicial y su jurisdicción constitucional, se terminó secuestrando la democracia representativa y participativa. Después del triunfo electoral de la oposición en las elecciones parlamentarias de diciembre de 2015, el *chavismo* se aseguró que en lo adelante no se celebrarían más elecciones libres que pudiera perderlas. De esta manera, el referendo revocatorio promovido por iniciativa ciudadana el año 2016, fue bloqueado en un concierto político gubernamental entre el Consejo Nacional Electoral y unos pocos tribunales penales de provincia; seguidamente, las elecciones de gobernadores y alcaldes se suspendieron y mientras tanto, se ilegalizaron varios de los principales partidos de oposición y se inhabilitaron políticamente a los principales candidatos de la oposición mediante actos administrativos y se detuvieron y persiguieron a dirigentes opositores, miembros de la sociedad civil, estudiantes, periodistas y empresarios disidentes del régimen. Así una vez culminada esta etapa de destrucción institucional y organizacional, el entonces Presidente de la República, Nicolás Maduro, convocó por decreto, de manera inconstitucional y sin referendo previo, a una Asamblea Nacional Constituyente cuyos integrantes fueron electos no por votación universal, directa, personalizada y secreta, sino por “sectores” creados arbitrariamente y votos municipales sin base poblacional. Una vez consumada esta nueva etapa, ilegalizados partidos y perseguidos e inhabilitados los principales candidatos de oposición, la nueva Asamblea Nacional Constituyente, sin ser el órgano constitucionalmente competente, convocó a elecciones de gobernadores y alcaldes y, luego, de manera también inconstitucional, convocó adelantadamente las elecciones presidenciales para que tuvieran lugar con casi con 8 meses de anticipación en el mes de mayo de 2018. Elecciones éstas, que tanto la OEA como la Unión Europea y varios organismos internacionales desconocieron por fraudulentas. Pero la arbitrariedad y es despotismo, no han tenido límites. En el año 2020 se intervinieron los principales partidos políticos de oposición y se convocó a elecciones parlamentarias que la comunidad internacional tampoco reconoció por no cumplir con las condiciones de libres y democráticas. La nueva Asamblea

¹⁶⁰ Ver lo expuesto en: Ayala Corao, Carlos, **Inconstitucionalidades de la Denuncia de la Carta de la OEA por Venezuela y sus consecuencias en el Derecho internacional**, *op.cit.*

Nacional así electa, procedió en el año 2021 a designar de nuevo los rectores del Consejo Nacional Electoral con una mayoría evidente del *chavismo* y a convocar las elecciones regionales de gobernadores y alcaldes y órganos legislativos, sin que hasta el primer semestre de ese año -al cerrar este trabajo- estuviesen garantizadas las condiciones necesarias para unas elecciones libres y democráticas. Pero paralelamente, el *chavismo* desde el poder cívico-militar, sigue imponiendo un modelo de Estado Comunal Socialista, que no solamente es violatorio de la Constitución por ser opuesto a los principios y a los poderes públicos contenidos en el Texto Fundamental, sino que además termina con la democracia representativa como elemento esencial de la democracia constitucional.

Es evidente, por tanto, que el *chavismo* es contrario a la idea misma de Constitución, al Estado de Derecho y a la democracia. Para el *chavismo*, ellos mismos son el pueblo en el poder y el pueblo soberano no tiene límites, más que los que él mismo se autoimpone. La idea es que el poder ejercido por el *chavismo* es “bueno”, porque emana del pueblo y lo ejercen ellos en beneficio del pueblo. El *chavismo* es el pueblo en el poder a través de su líder y con el *chavismo* el pueblo llegó para finalmente ejercer el poder y desplazar a las demás élites. Se trata de darle todo el poder al pueblo, lo que significa, *todo el poder para el chavismo en el poder* y especialmente para su líder. Esta es la verdadera “revolución” -mal llamada- “bolivariana” y luego “socialista” que ha ejecutado el *chavismo*.

Ahora bien, quien encarna ese poder del pueblo es un líder único, primero el comandante supremo de la revolución, Hugo Chávez Frías, teniente coronel (retirado) del Ejército; y luego de su muerte, su sucesor por él designado, Nicolás Maduro Moros. Estos líderes supremos reclaman personalizar el poder del pueblo y por tanto están por encima de la Constitución. La Constitución es lo que ellos digan. Por ello son “líderes” o “comandantes supremos”, no Presidentes de la República. Si fuesen Presidentes, estarían limitados y encuadrados en la Constitución y sometidos a los controles y límites institucionales.

En consecuencia, todo límite al poder, todo control al poder ejercido por las instituciones del Estado sobre el comandante supremo de la revolución, es absurdo y debe ser desechado por antirrevolucionario. El solo intento de controlar al comandante supremo es, cuanto menos, un acto de insubordinación y traición a la patria, y es considerada una conspiración en contra de la revolución y del pueblo que aquél tutela.

La Constitución se convierte así, en un mero instrumento al servicio del poder (que ahora es figurativamente del “pueblo”); en una suerte de documento moldeable con principios porosos, meramente orientadores de la acción del Estado y del gobierno, pero que nunca será una norma jurídica obligatoria capaz de limitar el ejercicio del poder. Bajo este esquema, la Constitución debe ser así, útil al ejercicio del poder por el *chavismo* y no debe obstaculizarlo; debe adaptarse constantemente al proyecto político del *chavismo*. Por tanto, la Constitución debe interpretarse de manera que no obstaculice el ejercicio del poder, sino que lo justifique; pero cuando ello se torna imposible, -como vimos- la solución es obviar y

luego terminar con el propio texto constitucional, por la vía del Tribunal Supremo de Justicia y especialmente de su jurisdicción constitucional.

Esta doctrina del sometimiento de la interpretación de la Constitución al proyecto político del *chavismo* ha sido incluso acogida por la propia jurisdicción constitucional chavista, al establecer:

Sobre este tema, la sentencia de esta Sala N° 1309/2001, entre otras, aclara que *el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución y que la interpretación debe comprometerse*, si se quiere mantener la supremacía de la Carta Fundamental cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, *con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (interpretatio favor Constitutione)*¹⁶¹. (Cursivas nuestras).

En fin, lo importante es que la Constitución no es un conjunto de principios, reglas y normas jurídicas generales y obligatorias a las cuales se somete la política y el poder del Estado; sino que es un instrumento manipulable y desechable, que se interpreta al servicio de la política y el poder. Así, el proyecto político lo define el *chavismo* en el poder, bajo la dirección de un líder que personaliza al pueblo mismo (un líder, un pueblo). Ese proyecto se plasma en un *Plan de la Patria*, elaborado por el líder, que se convierte en la verdadera norma suprema, a cuyo servicio está el poder burocrático, la Constitución y todo el Derecho¹⁶². Ese *Plan de la Patria* es incluso usado por la Sala Constitucional del TSJ de Venezuela como parámetro para declarar la “constitucionalidad” de los actos del poder público nacional. Así, por ejemplo, con ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad del Decreto No. 2.270 dictado por el entonces presidente Nicolás Maduro de 11 de marzo de 2016, el cual prorrogó la vigencia del Decreto No. 2.184 de fecha 4 de enero de 2016, mediante el cual declaró el *Estado de Emergencia Económica* en todo el territorio nacional, dicho Tribunal, fundamentó su constitucionalidad en argumentos basados en el *Plan de Patria*:

Asimismo, *el decreto sub examine se muestra compatible con la necesidad de alcanzar los fines esenciales del Estado previstos en el artículo 3 Constitucional, así como también con las metas macroeconómicas y macrosociales y con el cumplimiento de los objetivos generales y estratégicos que adopta el Plan de la Patria*, Segundo Plan Socialista de Desarrollo

¹⁶¹ Sentencia No. 1.939, de fecha 18 de diciembre de 2008, SC/TSJ, relativa a la declaración de “inejecución” de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de agosto de 2008 en el caso *Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/>. Sobre la materia, ver nuestro trabajo: Ayala Corao, Carlos M., La “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009), *op. cit.*

¹⁶² *Plan de la Patria*, “Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación, 2013-2019”, Gaceta Oficial No. 6118 Extraordinario, de 4 de diciembre de 2013.

Económico y Social de la Nación, 2013-2019, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n.º 6118 Extraordinario del 4 de diciembre de 2013, que han venido siendo desarrollados por el Estado venezolano, entre las cuales pueden mencionarse, a título de ejemplo, los siguientes:

I. Convertir a Venezuela en un país potencia en lo social, lo económico y lo político dentro de la Gran Potencia Naciente de América Latina y el Caribe, que garanticen la conformación de una zona de paz en Nuestra América [...] ¹⁶³. (Cursivas nuestras).

En conclusión, *el proyecto constitucional autoritario chavista que terminó con la destrucción de la Constitución, el Estado de Derecho y la democracia, comenzó por la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente absoluta, con el objetivo de tomar el control total de todas las instituciones del Estado y luego de la sociedad, lo cual se fue consolidando arbitrariamente sin límite ni control alguno, poniendo la Constitución formal al servicio del poder y de su ideología política, y luego, abiertamente sin Constitución. Para ello, la herramienta fundamental para la ejecución de esa destrucción, fue el control político del poder judicial, y en especial, de la jurisdicción constitucional.*

¹⁶³ Sentencia No. 184 de fecha 12 de marzo de 2016, SC/TSJ, *Caso Decreto de Emergencia Económica*. Ponencia Conjunta. Disponible en: <https://vlexvenezuela.com/vid/presidente-republica-bolivariana-venezuela-635056621>

V PARTE

MILITARISMO

8. LA SUBORDINACIÓN DEL PODER MILITAR AL PODER CIVIL

Juan Carlos ESGUERRA*

Quiero comenzar por expresar mi agradecimiento muy sincero a la World Jurist Association por conducto del doctor Javier Cremades, a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia por conducto de sus presidentes los doctores Romero-Muci y Trujillo Muñoz por esta invitación muy honrosa para mí y muy satisfactoria a participar en este panel de esta mañana en donde además he tenido la oportunidad de enriquecerme con las palabras de quienes me han antecedido y quienes habrán de seguirme en el uso de la palabra en la mañana de hoy.

Bien, el doctor Brewer-Carías ha destacado y además de él otros de los oradores la situación que se vive en Venezuela por cuenta de la relación de militares y el estado de derecho, se han tomado el estado de derecho, se lo ha tomado la fuerza pública han destacado también, quienes me han antecedido en el uso de la palabra, lo que se vive en Nicaragua y si nos adentramos en el tema tendríamos que concluir que prácticamente no hay país alguno que no haya tenido algún momento de una situación más o menos semejante particularmente en el caso de América latina en donde por cuenta del caudillismo y del militarismo desde

* Ex ministro de la Defensa y ex ministro de Justicia de la República de Colombia, Profesor emérito de la Universidad Externado de Colombia y numerario de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

los tiempos de la independencia se instituyó la posibilidad repetida de que los militares se hicieran con el poder y lo ejercieran al margen del estado de derecho, eso por supuesto llevaría a la primera idea que sería la decir es que resulta que la fuerza pública, la fuerza militar, los ejércitos como se los llama en términos genéricos, constituyen la negación misma del estado de derecho y por consiguiente pues sería ideal para que se pueda volver, pensar en volver por los fueros del estado de derecho que ellos desaparecieran.

Fue curiosamente una inquietud que se planteó desde comienzos del constitucionalismo moderno. Hay varios de los escritos que se hicieron con el nombre de cartas o papeles federalistas en 1787 por tres célebres constituyentes de entonces para explicar y vender en el buen sentido de la palabra la constitución que acababa de elaborar el congreso constituyente de Filadelfia para efectos de hablar de este tema, ejércitos o fuerzas militares y constitución o estado de derecho.

Hamilton le dedicó varios de sus escritos en esos papeles federales a este tema, sostenía y con él el grupo de los que se llamaron federalistas que era indispensable para la existencia y la subsistencia de un estado de derecho de una constitución, de un régimen nuevo que hubiera unos "*standing armies*" lo llamó es decir unos ejércitos que estuvieran en pie unos ejércitos permanentes, los opositores, los antifederalistas sostenían que allí se sembraba el riesgo que ocurrieran cosas como las que hemos descrito que han venido ocurriendo y siguen ocurriendo en el mundo entero unos ejércitos que se toman el poder, unos ejércitos que terminan en el gobierno bien porque el gobierno es ejercido directamente por ellos o es ejercido en nombre de ellos o es ejercido con su participación y por consiguiente que eso resultaba inaceptable. Al final, prevaleció la tesis que en mi opinión tiene que prevalecer de que no puede no tenerse una fuerza pública en un estado de derecho, el estado de derecho necesita indispensablemente de la existencia de una fuerza pública para el cumplimiento de varios de sus cometidos fundamentales, el primero, la defensa de sus fronteras frente al riesgo de invasiones o de ataques que provengan del exterior y que naturalmente implica que el estado tiene que estar en condiciones de poder defenderse de ese riesgo de los riesgos que vengan de afuera para efectos de mantener su integridad territorial y su soberanía política, ello es perfectamente evidente, en segundo lugar, de venderla de controlar las insurrecciones internas es decir mantener el orden público y mantener al mismo tiempo la seguridad interior a través de fuerzas armadas, fuerzas armadas que ordinariamente para esos efectos son tareas que cumple la policía que es parte de la fuerza armada y que tiene el deber de mantener, de ejercer la fuerza en cuanto sea necesario para el cumplimiento de esas tareas, al mismo tiempo es indispensable también la existencia de la fuerza para efectos de que el propio estado de derecho se cumpla, es decir, en el imperio de la ley sea una realidad y no sea simplemente una quimera el imperio de la ley requiere de la fuerza para efecto de poder mantenerse porque la sola coercibilidad de las leyes, el solo respeto que ellas inspiran evidentemente no es suficiente para esos fines.

Ahora, debe existir una fuerza armada no cabe de ello la menor duda, pero una fuerza armada que se inmiscuya en las tareas del ejército que esté participando o incluso del gobierno y que esté participando o metida en ello por supuesto la respuesta es negativa lo señaló en algún momento en un celeberrimo discurso el presidente de Colombia Alberto Lleras Camargo recién elegido para comenzar en los períodos presidenciales que se llamaron del Frente Nacional luego de que se derrocara la dictadura militar del general Rojas Pinilla en 1957, él pronunció un discurso muy célebre ante las fuerzas militares en mayo de 1958 en donde dijo es que tienen que mantenerse separadas del gobierno las fuerzas militares y la fuerza armada ¿Por qué? porque su construcción, su definición es distintísima de la definición del gobierno, en la fuerza armada prevalecen por supuesto los términos mandar y obedecer, los términos disciplina, los términos no discusión, los términos aceptar aquello que viene de arriba, que son la negación de aquello que constituye las características propias del funcionamiento del gobierno en un estado de derecho, el gobierno en un estado de derecho debe darse sobre la base de la discusión, debe darse sobre la base de la controversia, sobre la base del debate, sobre la base que haya gobierno y de que haya oposición en la fuerza pública eso resulta inaceptable la fuerza pública tiene que tener una unidad absolutamente monolítica, una unidad de mando absolutamente monolítica que constituye de nuevo la negación del funcionamiento del estado de derecho.

De modo que, es perfectamente claro qué al final debe concluirse en la necesidad indispensable de la existencia de una fuerza armada, de la fuerza, una fuerza pública del estado de derecho que además como dicen la constitución colombiana y la constitución venezolana, que conocen de experiencias de ese tipo, una fuerza armada que no debe ser deliberante dice la constitución colombiana, la constitución venezolana habla de sin militancia política no pueden inmiscuirse en las tareas de la política, repito utilizando las palabras de Lleras Camargo, ni las fuerzas armadas pueden gobernar ni puede gobernarse en nombre de las fuerzas armadas ello constituye un imposible y lo decía también Lleras Camargo un imposible físico, un imposible filosófico y además un imposible moral.

9. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL MILITARISMO EN VENEZUELA, CON ESPECIAL REFERENCIA AL GOLPE DE ESTADO DEL 18 DE OCTUBRE DE 1945*

Ramón ESCOVAR LEÓN**

INTRODUCCIÓN

El desequilibrio entre lo civil y lo militar se inicia en Venezuela desde que nacimos como república: Esto se debe a que la historia patria se ha gestado como una narración puramente guerrera y épica de la Independencia. En este sentido, Germán Carrera Damas afirma que “Esta historiografía nace como el hecho de una sociedad que viene de la guerra, cuenta sus hazañas y justifica su acción. De allí que predominen en ella el carácter heroico, el sentimiento antiespañol, y la visión narrativa-épica”¹. Y este discurso ha servido de acicate para potenciar el predominio de lo militar sobre lo civil en la vida política nacional.

Otro factor que potencia el militarismo es el caudillismo que se inicia con fuerza en 1813, lo que constituye “un sub-producto funesto de la guerra emancipadora”². Es decir, la Guerra de Independencia permitió que el juego político pasara al control del caudillo militar, producto de la guerra.

* Este trabajo corresponde a una línea de investigación que se inició con mi publicación el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, N° 158, Ahora presento una nueva versión con añadidos y actualizaciones.

** Profesor Titular de la Universidad Central de Venezuela. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

¹ Germán Carrera Damas, *Cuestiones de historiografía venezolana*, Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, 26.

² Augusto Mijares, “La evolución política (1810-1960)”. En: *Venezuela Independiente 1810-1960*. Fundación Eugenio Mendoza, Caracas, 1962, p. 34.

A lo anterior se une el excesivo culto a la figura de Simón Bolívar, como es sobradamente conocido³. Muchas veces no se exponen sus ideas como fueron pensadas sino como le interesa al intérprete político del momento, para lo cual apelan a la manipulación lingüística e histórica. Es lo que ocurre con la “revolución bolivariana” que llega al extremo de pretender cambiar la imagen del Libertador. Esta narrativa amplía la manipulación y reduce el análisis histórico.

Es en este contexto que conviene destacar el rol desempeñado por el liderazgo civil de la independencia. En efecto, la poderosa participación de civiles como Juan German Roscio, Francisco Javier Yanes, Francisco Javier Ustáriz, Miguel José Sanz, Fernando Peñalver, Francisco Espejo y Francisco Isnardi fue determinante en el proceso de elaboración del pensamiento político y jurídico de la Independencia. Se educaron en el campo de las ideas políticas y en el contexto del debate intelectual de la república, del antimonarquismo y de la democracia. En ellos se advierte la influencia de Benjamin Constant, Jeremías Bentham, James Madison y de Montesquieu⁴. Esto permite afirmar que estos pensadores eran de naturaleza republicana y democrática. Y siempre en el entendido de ubicar los conceptos políticos en el contexto histórico e intelectual en el que el pensamiento es manifestado.

Si el pensamiento de los civiles fue el verdadero motor de nuestra Independencia cabe preguntar ¿por qué el país se deslizó hacia el militarismo? El militar que desplaza al líder civil se convirtió en moneda de cuenta a lo largo del siglo XIX, continuó en el siglo XX y permanece vigente todavía hoy.

En el plano de lo jurídico el predominio de lo civil era el rasgo dominante. En efecto, la subordinación del poder militar al civil fue consagrada en la Constitución de 1811, que reza *in verbis*: “el Poder Militar, en todos los casos, se conservará en una exacta subordinación a la autoridad civil y será dirigido por ella” (artículo 179). Al poco tiempo de la promulgación de esta norma, se pudo advertir la falta de conexión entre las declaraciones constitucionales y la realidad. De ahí la distinción que hace Laureano Vallenilla Lanz entre Constitución de papel y Constitución efectiva. La primera contiene las declaraciones abstractas; la segunda es la que se impone en la realidad. Pese a ese postulado constitucional, el poder quedó en manos de los caudillos militares, caldo de cultivo del autoritarismo militarista del siglo XIX. Ellos eran quienes controlaban el poder y lo ejercían más allá de la letra constitucional.

³ Véase Germán Carrera Damas, *El culto a Bolívar*, Editorial Alfa, 6ta Edición, 2006, p. 15 y p.58 y ss. Elías Pino Iturrieta, *El divino Bolívar. Ensayo sobre una religión republicana*, Los libros de la Catarata, 2da Edición, Caracas, 2003. Luis Castro Leiva, “De la patria boba a la teología bolivariana”. En: *Obras*, Fundación Polar – Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005.

⁴ Ramón Escovar Salom, “Estudio Preliminar” al *Manual político del venezolano*, de Francisco Javier Yanes, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1959, p. 15- 18.

El militarismo autoritario nace luego de la declaración de Independencia y no se ha detenido, salvo el período de cuarenta años que se inició en 1959, luego de la caída de la dictadura de Marcos Pérez Jiménez. Ese fue el tiempo de la democracia—basada en el sistema de partidos— cuando Venezuela vivió bajo el predominio de la dirigencia civil. Este sistema se fue debilitando en la medida en que los partidos políticos comenzaron a perder fuerza y prestigio, debido —entre otras cosas— al clientelismo, hasta que saltaron los demonios de la democracia y regresamos a lo que parecía superado: el Estado cuartel como la etapa más elevada del pretorianismo y el militarismo. Estamos ante la participación exagerada de la Fuerza Armada en la vida política y la conducción militar de los ministerios y empresas fundamentales.⁵

I. LO CIVIL Y LO MILITAR DESDE 1945

Desde 1945 comienza una relación accidentada entre el liderazgo civil y el militar. Es lo que ocurre con el golpe de Estado del 18 de octubre de ese año. De lo aprendido a partir de ese momento el liderazgo civil se dispone a no repetir errores y a buscar el apoyo del sector militar con fines institucionales. De esa manera, se inicia en 1958 la era de los gobiernos civiles que recibieron apoyo del poder militar para derrotar las amenazas externas e internas y sostener la democracia ¿Cómo pudo lograrse y mantenerse en el tiempo esa relación?, ¿por qué se quebró en favor del dominio militar sobre el civil? Es sobre lo que pretendo reflexionar en este ensayo.

A continuación, me voy a referir a tres etapas. La primera es la comprendida entre el 18 de octubre de 1945 hasta el 23 de enero de 1958. La segunda va desde esta última fecha hasta la llegada de Hugo Chávez al poder. La tercera abarca la etapa chavista, a partir de 1999.

En la primera etapa y en la tercera hay un dominio del poder militar sobre el civil; mientras que en la segunda, la denominada época de la república civil, la ecuación se invierte, y se vivió un control civil de las Fuerzas Armadas. Este control se fue debilitando en la medida en que el sistema de partidos fue perdiendo fuerza y prestigio.

Vale la pena aclarar que la doctrina suele considerar como “década militar” el período que va desde el golpe de Estado contra Rómulo Gallegos el 24 de noviembre de 1948 hasta el 23 de enero de 1958. Sin embargo, a los fines de este

⁵ El militarismo que caracteriza la historia de Venezuela es un fenómeno inverso al que ocurre en Colombia, donde el sector civil mantiene el control del poder militar. (Véase José David Moreno Mancera, “Relaciones cívico-militares en Colombia: supremacía y control de los partidos políticos sobre la organización militar”. En: *Revista Científica General José María Córdoba*, Bogotá, Colombia, enero-junio, 2014, Vol. 12, Núm. 13, pp. 333-352).

trabajo voy a añadir los tres años del denominado “trienio adeco” que va del 18 de octubre de 1945 hasta la entrega del poder a Rómulo Gallegos, el día 15 de febrero de 1948. Ello porque en esa etapa, si bien se gobernó por medio de una junta cívico-militar encabezada por Rómulo Betancourt, el verdadero sostén del gobierno fue el poder militar, como quedó evidenciado con el porrazo militar contra Gallegos.

Interesa examinar las razones por las cuales, durante la era de los gobiernos civiles, se pudo lograr el deseado predominio de los civiles sobre los militares, hasta que esa relación se rompió de manera clara con la llegada de Hugo Chávez al poder. Me referiré a las razones por las cuales la extrema izquierda, aquella que se acogió tarde a la política de pacificación, penetró políticamente ciertos sectores militares, hasta tomar el poder por la vía electoral, sirviéndose del portaviones chavista. Finalmente, presentaré un elenco de propuestas con el único propósito de que sirvan de materia para la discusión de un asunto tan delicado como las relaciones entre civiles y militares.

Uno de los aspectos relevantes en la evolución en esta tensión entre el poder civil y el poder militar es lo ocurrido con el golpe de Estado del 18 de octubre de 1945. Es a ese aspecto es a lo que me voy a referir a continuación.

II. EL 18 DE OCTUBRE DE 1945

Rómulo Betancourt fue uno de los estadistas más relevantes del siglo XX venezolano. Su contribución a los cuarenta años de democracia es rotunda. Su liderazgo fue decisivo para derrotar el acoso castrista de la época; mientras que su vigorosa personalidad fue determinante en el proceso iniciado a partir del año 1958. Su calidad intelectual está respaldada por su obra escrita, especialmente por *Venezuela, política y petróleo*, un texto fundamental en la bibliografía venezolana⁶. Este es el Betancourt que más admiro; en cambio, el que se alió con una logia militar para alzarse el 18 de octubre de 1945 merece algunas críticas, que pretendo presentar en este trabajo, sin menoscabo de su figura señera y su talante de estadista.

Hay dos interpretaciones en relación con lo sucedido el 18 de octubre: unos dicen que fue un “movimiento cívico-militar”, justificado porque el gobierno no avanzaba en la consagración del voto universal, directo y secreto; otros, que fue un alzamiento militar clásico, como lo afirma la autorizada voz de Manuel Caballero⁷. Para los primeros, estaba justificado el golpe porque debía acelerarse la

⁶ Rómulo Betancourt: *Venezuela, política y petróleo*. Caracas, Editorial Senderos, 2da Edición, 1967. Este libro es al siglo XX, lo que la *Autobiografía del general José Antonio Páez* al siglo XIX. Véase; PÁEZ, José Antonio: *Autobiografía del General José Antonio Páez*. Caracas, Academia Nacional de la Historia, segunda edición, 1987, T. I y II.

⁷ Manuel Caballero: *Las crisis de la Venezuela contemporánea (1903-1992)*. Caracas, Alfadil Ediciones, 2007, p. 103

democratización del sufragio; para los segundos, se trata de un cuartelazo que coloca a los militares como los verdaderos árbitros del juego político, tal como se evidenció el 24 de noviembre de 1948 con el golpe que derrocó al gran novelista Rómulo Gallegos.

En todo caso, el mismo Caballero señala que tanto “revolución” como cuartelazo son un falso dilema porque “una cosa es el suceso del 18 de octubre, y otra el proceso, el trienio, que arrancó en esa fecha”⁸. Es decir, el gobierno del trienio nace de un golpe y luego desarrolla unas políticas que, si bien pretendieron echar las bases de la futura democracia, se mantuvieron mientras los militares apoyaron a los civiles. Betancourt había predicado la tesis de un gobierno civil producto del voto universal, directo y secreto; pero no se ajustó a este postulado porque cuando tuvo la oportunidad de precipitar su llegada al poder por medio de un golpe militar, la aprovechó sin vacilar.

El antecedente remoto del 18 de octubre de 1945 fue el 24 de enero de 1848 cuando el general José Tadeo Monagas asalta al Congreso, y de esa manera se establece la regla de que la fuerza de las bayonetas está por encima de la legalidad, lo que queda plasmado en su frase: “La constitución sirve para todo”.

Una de las primeras y más cuestionadas medidas de la junta “revolucionaria”, presidida por Betancourt, fue la creación de un Jurado de Responsabilidad Civil y Administrativa, supuestamente diseñado para combatir la corrupción, aunque sirvió, más bien, para perseguir a los generales Eleazar López Contreras e Isaías Medina, y demás rivales políticos, como Arturo Uslar Pietri, por ejemplo. Este periodo quedó signado por el sectarismo e intolerancia de AD. La figura del “caballero” ilustra la violencia de la época.

López Contreras aflojó las amarras del gomecismo, permitió progresivamente la discrepancia política y luego de la multitudinaria marcha del 14 de febrero de 1936, encabezada por el Rector de la Universidad Central de Venezuela, Francisco Antonio Rísquez y por Jóvito Villalba, dio muestras de amplitud. El general de “tres soles” atendió a los manifestantes, sustituyó a los gomecistas e inició un inapelable proceso de apertura política, al amparo de su lema “calma y cordura”. Esta fecha marca el inicio del recorrido hacia la democracia. En efecto, López Contreras sucedió a Gómez, de acuerdo con la Constitución gomecista de 1931, que fue reformada en 1936, la cual rebajó el periodo presidencial de 7 a 5 años, y López se sometió al periodo más corto.

A lo anterior se añade su gesto histórico y moral de haber recibido en el año 1939 a los 251 judíos que llegaron a Venezuela, huyendo del nazismo, en los buques Caribia y Königstein. Aquí cabe preguntar: ¿cómo se puede justificar que un hombre con ese reconocimiento histórico pueda haber sido perseguido y expulsado de su país? Esto queda como una acusación indeleble, nunca explicada satisfactoriamente, contra el llamado “trienio”. Tal vez por esto, y a título de

⁸ Manuel Caballero: *Rómulo Betancourt, político de nación*. Caracas, Alfadil, 2004, p.225

desagravio, luego de aprobada la Constitución de 1961, que consagró la figura del senador vitalicio, se incorporó al general de “tres soles” al senado con la señalada condición.

Los militares alzados contra el presidente Isaías Medina encontraban su justificación en el conflicto que mantenían con los viejos generales gomecistas, sin formación académica sino curtidos en el fragor de las montoneras y en el sometimiento de los caudillos. Habían luchado en *la restauradora* y en *la libertadora*. Se les conocía como los “chopo e’ piedra” por no ceder sus beneficios adquiridos a través de las batallas y de la lealtad a Gómez.

Había otro grupo de militares, los jóvenes formados en reconocidas academias militares, como *Chorrillos* en Perú y *West Point* en los Estados Unidos. Este grupo de militares estaba integrado por los llamados “plumarios”, entre ellos: Marcos Pérez Jiménez, Luis Felipe Llovera Páez, los hermanos Julio César y Mario Vargas y Carlos Delgado Chalbaud, este último educado en Francia y protegido por el prestigio de su padre, Román Delgado Chalbaud. El objetivo de este grupo de militares era arrebatarle a los “chopos e’ piedra” el control del ejército y obtener mejores condiciones económicas.

Los conspiradores de Acción Democrática son Rómulo Betancourt, Raúl Leoni, Gonzalo Barrios y Luis Beltrán Prieto Figueroa. La dirigencia del partido había mantenido en secreto sus contactos con el grupo militar. El enlace entre los adecos y los “plumarios”, lo hizo el doctor Edmundo Fernández, quien luego integró la junta de gobierno. Pero ningún otro adeco estaba al tanto de la conspiración que se tramaba. Con esta conspiración nació el sectarismo adeco de la época, al punto de no informar al resto de la dirigencia del partido. En este sentido, según un testimonio de primera mano, luego del golpe militar, Octavio Lepage —líder de la juventud adeca en ese momento— pretendió organizar un grupo para defender al gobierno de Medina hasta que fue informado de que su partido era parte del golpe.

De esa manera, el grupo militar buscaba controlar al ejército; y el grupo civil buscaba convertir a AD en un partido hegemónico e impulsar el voto universal. Los militares a lo suyo; los civiles a construir un gran partido de masas y a introducir los cambios revolucionarios ofrecidos básicamente en el *Plan de Barranquilla*. Comenzó así lo que los militantes y simpatizantes de AD llaman “la revolución de octubre”. Los defensores de esta revolución⁹ sostienen que ella echó las bases de la democracia al implantar el voto universal directo y secreto. Sin embargo, es discutible que un régimen democrático pueda surgir de un golpe de Estado, al ser las bayonetas y no el voto popular la base de sustentación.

⁹ Véase, German Carrera Damas: *Continuidad y ruptura en la historia contemporánea de Venezuela*. Caracas, Fundación Rómulo Betancourt, 2016, p. 22; Simón Alberto Consalvi: *La Revolución de octubre 1945-1948. La primera República liberal democrática*. Caracas, Fundación Rómulo Betancourt, 2010, pp. 9-75; Marco Tulio Bruni Celli: *El 18 de octubre de 1945*. Caracas, La hoja del norte, 2014.

Así las cosas, puede decirse que durante el “trienio adeco” hubo avances en materia petrolera (inspirados en Juan Pablo Pérez Alfonso), el plan de alfabetización, posiciones encomiables en materia de política exterior, como el voto a favor de la creación del Estado de Israel, el impulso y consagración de la reforma electoral para establecer el voto universal. Pero todo esto se habría podido hacer más adelante si no se hubiera derrocado al general Isaías Medina, porque su gobierno iba en la dirección de establecer el sufragio universal e implantar las reformas sociales. Asimismo, Isaías Medina impulsaba la transición hacia un gobierno civil, como se evidencia de la frustrada candidatura de Diógenes Escalante, la cual había sido aceptada por Rómulo Betancourt. Era cuestión de paciencia.

El 18 de octubre no es la fecha cuando se inicia el poder civil en Venezuela, sino la fecha en que ratifica el tutelaje militar e interrumpe la transición pacífica hacia el poder civil. Ese proceso nació de un golpe y terminó de la misma manera el 24 de noviembre de 1948. Apelar a los militares para cambiar los vientos de la política fue el error de lo ocurrido el 18 de octubre. Este primer error vino seguido de otro: llevar a cabo una “revolución” que implicó persecución, intolerancia y sectarismo, al punto de apelar a las milicias y a los “cabilleros”¹⁰ para generar miedo en los opositores. La jefatura de estos cabilleros se atribuye al constituyente adeco por el Estado Monagas Luis Alfaro Uceró¹¹, quien luego presenta en la constituyente el “inciso Alfaro”, que permitió apresar a los opositores por “fundados indicios”, que hagan temer inminentes trastornos del orden público; es decir, se podía detener a los opositores políticos sin que mediara un juicio con todas las garantías jurídicas. Este inciso fue aprobado en la Constitución de 1947, en su artículo 77.¹²

Pese a la efervescencia del discurso político y la voracidad de los decretos revolucionarios y mítines de calle, lo cierto es que el verdadero poder no descansaba en los líderes de la revolución sino en el ejército¹³, como quedó demostrado

¹⁰ Los círculos bolivarianos del chavismo tienen su antecedente en estos cabilleros.

¹¹ Véase Sócrates Ramírez: *Decir una revolución*. Caracas, Fundación Bancaribe, 2014, p. 122.

¹² Esta norma es del tenor siguiente: “Si las circunstancias no exigiesen la restricción o la suspensión de las garantías, pero hubiere fundados indicios de la existencia de planes o actividades que tengan por objeto derrocar los Poderes constituidos, por golpe de estado u otros medios violentos, el Presidente de la República en Consejo de Ministros, podrá ordenar la detención preventiva de las personas contra quienes obren graves motivos para considerárselas comprometidas en dichos planes o actividades. Estas medidas serán sometidas, dentro de los diez días siguientes a su ejecución, a la consideración del Congreso Nacional o, durante el receso de éste, a la Comisión Permanente, para su aprobación o improbación; y serán suspendidas al cesar las causas que las motivaron. Si fueren aprobadas por el Congreso Nacional o por la Comisión Permanente y no fueren suspendidas dentro de los 60 días siguientes a dicha aprobación, el Presidente de la República cumplido este último plazo, las someterá al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, la cual decidirá sobre su mantenimiento o suspensión tomando en cuenta, además de las disposiciones legales, la seguridad del Estado, y la preservación del orden público”.

¹³ Ramón Escovar Salom: *Memorias de ida y vuelta*. Caracas, Los libros de El Nacional, 200, p. 157.

claramente con el golpe del 24 de noviembre de 1948. Las democracias se fundamentan en los votos y no en las bayonetas.

Por fortuna, los errores cometidos, así como la amplia actividad intelectual y partidista de Rómulo Betancourt, lo hicieron madurar y afinar su intuición política, la cual mostró a partir de 1958, hasta convertirse en Estadista (así, con mayúscula).

La lección del 18 de octubre de 1945 es clara: la alianza entre el sector civil y militar debe ser solo para apuntalar los principios de la democracia y para defender la libertad.

III. EL 24 DE NOVIEMBRE DE 1948

Persecución, intolerancia y sectarismo contribuyeron al fracaso de esa alianza entre civiles y militares: el golpe de Estado del 24 de noviembre de 1948 contra el presidente Rómulo Gallegos y AD. El “partido del pueblo” se le hizo incómodo al sector militar debido, entre otras cosas, al sectarismo y la conflictividad política generada por los decretos revolucionarios.

El 24 de noviembre de 1948 “fue uno de los días más tristes en la vida de Rómulo Betancourt”, según afirma el historiador Robert J. Alexander¹⁴. Ese día el gobierno de Rómulo Gallegos fue derrocado por los mismos militares –sigue afirmando Alexander– que habían llevado al poder a Acción Democrática para gobernar desde el 18 de octubre de 1945 hasta la entrega del poder al gobierno del presidente Gallegos¹⁵.

El gobierno de Gallegos fue seguido –en orden sucesivo– por la Junta Militar de Carlos Delgado Chalbaud (24.11.1948 a 13.11.1950) –también conocida como “dictablanda”–, la Junta de Gobierno “presidida” por Germán Suárez Flamerich (27.11.1950 a 2.12.1952) y por la dictadura de Marcos Pérez Jiménez (1952 a 1958), una de las más crueles y represivas hasta ese momento. Esta se inicia el 2 de diciembre de 1952 como gobierno *de facto*. Luego adquiere el calificativo de “presidencia constitucional”, puesto que la Asamblea Nacional Constituyente lo proclama presidente para el período 1953-1958. Pese a todas estas apariencias, era Pérez Jiménez el verdadero poder.

IV. RAZONES QUE LLEVARON A LAS FUERZAS ARMADAS A DAR EL GOLPE DEL 24 DE NOVIEMBRE DE 1948

El fácil derrocamiento del presidente Gallegos demuestra que la alianza “cívico-militar” del 18 de octubre de 1945 no estuvo cimentada en un proyecto

¹⁴ Robert J. Alexander *Rómulo Betancourt and the transformation of Venezuela*. Transaction Books, New Brunswick, (USA)- London (UK), 1982, p. 293.

¹⁵ *Ibid.*

común de largo aliento, sino en los intereses políticos y militares de cada cual de tomar el poder.

Además de lo señalado, hay otras tres razones que pretenden justificar el golpe Estado del 24 de noviembre: La primera, es el ambiente de la Guerra Fría. Este zarpazo militar de 1948 cuando la Guerra Fría marca una confrontación entre los Estados Unidos y la Unión Soviética, que se extendió hasta la caída del “Muro de Berlín”. La segunda razón generalmente señalada¹⁶, fue el sectarismo que caracterizó al *trienio*; aunque esta segunda razón la discuten quienes consideran al trienio como una etapa fundamental en la historia de Venezuela. La tercera se refiere al deterioro de la relación entre Rómulo Gallegos y Rómulo Betancourt, lo que ha sido llamado “el pleito entre los dos Rómulos”¹⁷.

El gran novelista, convertido en político, encontró un movimiento opositor “estridente y cerrero”¹⁸, que integraba, además de la Iglesia Católica, a todos los sectores políticos y profesionales: Copei, URD, los lopecistas y medinistas, los empresarios, los propietarios de tierra grandes y pequeños y los sectores profesionales¹⁹. Por eso, el día del golpe, no hubo resistencia.

El gobierno que surge el 24 de noviembre fue el primero de nuestra historia que ejerce el poder en nombre de las fuerzas armadas²⁰. El poder militar fue consolidándose en el período 1948 a 1958, conocido como la “década militar”, al extremo que después del asesinato de Carlos Delgado Chalbaud, Marcos Pérez Jiménez logra imponer un gobierno corporativo, que formó parte de la denominada “internacional de los sables”. Esta internacional estuvo integrada por una ristra de dictadores, entre quienes destacaban Juan Domingo Perón, Manuel Odría (profesor de Pérez Jiménez en la Escuela Militar de Chorrillos), Gustavo Rojas Pinilla, Anastasio Somoza, Alfredo Stroessner, Carlos Castillo Armas, Paul Magloire, Fulgencio Batista y Rafael Leónidas Trujillo; lista a la cual se debe agregar a Getulio Vargas, quien era un líder civil, pero llegó al poder por medio de un golpe militar.

La tercera razón se refiere a una tensión entre el presidente Gallegos y Rómulo Betancourt en relación con algunas intrigas políticas y el manejo del asunto militar. En efecto, alrededor del presidente surge un grupo que le sopla al oído la conseja según la cual él sería “una marioneta” de Betancourt, “quien en verdad

¹⁶ Véase, *Voz 24 de noviembre de 1948*. En: *Diccionario de Historia de Venezuela*. Caracas, Fundación Polar, 2da Edición, 2010, Vol. 4, p.207.

¹⁷ Rafael Simón Jiménez: *El pleito entre los dos Rómulos*. Caracas, Editorial Libros Marcados, 2014.

¹⁸ Diego Bautista Urbaneja: *La política venezolana desde 1899 hasta 1958*. Caracas, Centro Gumilla, Abecedaciones UCAB, 12017, Temas de formación sociopolítica N° 39, 87,

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Eduardo Mayobre: *Venezuela 1948-1958. La Dictadura Militar*. Caracas, Fundación Rómulo Betancourt, 2013, p.20.

gobierna”²¹. Rómulo Gallegos lo resiente²². El segundo motivo de la desavenencia fue el manejo de la presión militar. Al poco tiempo de la juramentación de Gallegos como presidente, los militares le plantearon un cúmulo de pedimentos, entre los cuales estaba la salida de Acción Democrática del gobierno y la expulsión de Rómulo Betancourt del país. El presidente no aceptó y esto estimuló la conspiración. El gran escritor no estaba dispuesto a ceder, entre otras razones, porque confiaba en la influencia de su “amigo” Carlos Delgado Chalbaud. Al contrario de Gallegos, Betancourt era partidario de negociar y hacer concesiones a los militares²³. Estas desavenencias sirvieron de acicate para el zarpazo final que dio la logia militar, cuyos máximos líderes eran Marcos Pérez Jiménez y Luis Felipe Llovera Páez. Quedó evidenciado que Gallegos no tenía vocación de político, pese a haber sido un gran escritor.

Con este segundo golpe, el jefe del Estado Mayor General, teniente coronel Marcos Pérez Jiménez, impartió las órdenes a las guarniciones por teléfono. Por eso se ha dicho que fue “un acto telefónico” que demostró que ya los jóvenes militares tenían el control del ejército. El grupo civil había sido utilizado por los militares, quienes luego los lanzaron al destierro y a la persecución ¡Buena reflexión para la historia!

La lección aprendida de estos conflictos revela que la democracia constituye un sistema de conciliación de intereses²⁴, que requiere del diálogo y la tolerancia. La democracias solo puede sostenerse sobre la base de “un consenso mínimo de aspiraciones comunes”²⁵, en el cual el poder civil pueda controlar al poder militar.

V. LA DICTADURA DE MARCOS PÉREZ JIMÉNEZ Y EL 23 DE ENERO DE 1958

“La firma del documento común, que propones, la juzgamos nosotros como iniciativa importante, pero no la única que queda por tomar ni tampoco el paso por el cual debe comenzarse la necesaria y urgente actuación conjunta de todas las fuerzas de oposición a la dictadura venezolana”²⁶ le dice Jóvito Villalba a Rómulo Betancourt en carta de fecha 25 de marzo de 1956. Este texto es importante recordarlo porque se escribe en momentos cuando la dictadura de Marcos

²¹ Diego Bautista Urbaneja: *Historia Portátil*. Caracas, Fundación Bancaribe, 2016, p.268. En esto, Urbaneja se hace eco del libro de Rafael Simón Jiménez, tal como lo afirma en el texto (*Ibid*).

²² *Ibid*.

²³ Véase Jiménez, *Ob, cit*, pp. 114-150.

²⁴ “Sistema populista de conciliación de intereses” fue la expresión acuñada por Juan Carlos Rey (Véase, “La democracia venezolana y la crisis populista de conciliación”. En: *Revista de Estudios Políticos*, 1991, nº 4, pp. 533-578.

²⁵ Ramón Escovar Salom, *Memorias de ida y vuelta ...cit*, p.159.

²⁶ En: Mayobre, *Ob. cit*, p. 155.

Pérez Jiménez ejercía el control total del país y lucía sólida. Mientras eso ocurría, la dirigencia opositora realizaba un trabajo político basado en la búsqueda de la unidad.

El régimen desarrollaba a hierro y fuego una cruel represión contra la disidencia a través de la Seguridad Nacional, dirigida desde 1951 por el inefable Pedro Estrada. Lo curioso es que esta persecución contra los enemigos políticos la ejecutaba el sector civil del régimen, pese a tratarse de un gobierno militar de estirpe corporativa. Los responsables de esta represión eran el Ministro del Interior e ideólogo del régimen, Laureano Vallenilla Planchart, y el jefe de la policía política, el mencionado Pedro Estrada, quienes no dejaban títere con cabeza al momento de ejercer la crueldad y la persecución para someter a la disidencia. El asesinato (Leonardo Ruiz Pineda, Antonio Pinto Salinas, Alberto Carnevalli, León Droz Blanco, entre otros), la tortura y la censura estaban a la orden del día. Esto fue narrado literariamente en la novela testimonial de José Vicente Abreu, titulada *Se llamaba SN*.

La Seguridad Nacional se había convertido en una instancia de terror. Dicho organismo represivo era policía política, inteligencia militar, centro de torturas y, al mismo tiempo, una instancia con potestad para decidir sobre la vida de cada cual. Pedro Estrada tomaba decisiones que correspondían al Poder Judicial, es decir, que además de policía, era juez.

En este contexto ocurre un hecho relevante y de influencia sobre los acontecimientos futuros: el día 29 de abril de 1957, el Arzobispo de Caracas Rafael Arias Blanco promulgó una Pastoral con ocasión del 1 de mayo de ese año. La Pastoral “fue leída en las parroquias de Caracas. A fines de la semana le había dado la vuelta al país”, según relata Gabriel García Márquez, quien era reportero en esa época. De esta manera, el régimen pierde una de sus vigas maestras: la Iglesia Católica. En ese momento se desarrollaba una campaña opositora en las iglesias y en los liceos, como lo afirma Laureano Vallenilla Lanz²⁷ (*rectius: Laureano Vallenilla Planchart*). Y esta oposición se expande incluso al sector empresarial, otra de las patas que servía de sostén al régimen.

La represión desmedida y la corrupción en comisiones y contratos fue motivo adicional para la caída del régimen. El 1 de mayo de 1957 fue, entonces, una fecha de gran influencia sobre el posterior quiebre de las Fuerzas Armadas que sostenían al dictador. Ese mismo año se crea la Junta Patriótica, integrada por URD, Copei, AD y el Partido Comunista, dentro del espíritu de unidad estratégica que inspiró a la dirigencia política, decidida a derrotar la dictadura. A ello se suma la cada vez más vigorosa presencia estudiantil en la lucha política contra el deseo del dictador de permanecer en el poder a través de un plebiscito, violando

²⁷ Laureano Vallenilla Lanz: *Escrito de memoria*. Versalles, Lang Grandemange, 1961, p.453. Se trata de Laureano Vallenilla Planchart, pero en su libro firma con el nombre de su padre, Laureano Vallenilla Lanz.

su propia legalidad creada en la Constitución de 1953. Esto adquiriría ya un perfil de triunfo, cuando la clase empresarial le quitó el apoyo al régimen.

Así las cosas, y ante la imposibilidad de realizar elecciones libres, el régimen montó la farsa del plebiscito del 15 de diciembre de 1957. El dictador encomendó al ministro Vallenilla Planchart y a Rafael Pinzón la redacción del decreto para convocar el “plebiscito”, el cual contaría con el apoyo de las Fuerzas Armadas, como lo señala Vallenilla Planchart²⁸. El Congreso aprueba sumisamente la ley electoral, al tiempo que la oposición desarrolla una vigorosa campaña en contra del fraude. La unidad del país frente a este esperpento estaba blindada.

Lo que ocurre después es una sucesión de hechos que van sellando el desplome de la dictadura. El 1 de enero ocurre el alzamiento de Hugo Trejo (Ejército) y Martín Parada (Aviación) el cual “fue derrotado”, según afirmó con jactancia Pérez Jiménez. El 10 de enero, por presión del Alto Mando militar, salen del país Laureano Vallenilla Planchart y Pedro Estrada. La acción opositora está en su esplendor y su actuación no se sale del libreto nuclear: la unidad. El 21 de enero se convoca una huelga general y a los dos días, el 23 de enero, se produce el quiebre definitivo, pues las Fuerzas Armadas exigen la salida del dictador. No hubo necesidad de disparar un tiro por la decidida acción de la mayor parte de la sociedad contra el régimen opresor. El poder militar aparece nuevamente como el árbitro del juego político nacional.

El texto dirigido por Jóvito Villalba a Rómulo Betancourt, con el que inicié esta sección, permite recordar la enseñanza fundamental para derrotar las dictaduras: la unidad sin fisuras de los sectores opositores, bajo la conducción de un vigoroso liderazgo civil.

VI. BREVE REFERENCIA A LAS CONSTITUCIONES DE 1947 Y DE 1953

“La influencia más poderosa que recibe [la Constitución de 1947] es la de la Constitución cubana de 1940, tan imitada en el constitucionalismo hispanoamericano”²⁹. Este texto desarrolla la regulación constitucional de la justicia social y del gobierno democrático. Divide, en la parte dogmática, los derechos individuales y ratifica los que han sido tradicionales en las constituciones venezolanas³⁰. Fue una Constitución de vida efímera que en el fondo y en la forma cambió “la tradición constitucional precedente, incluso en el número de los artículos que la conformaron que doblaron a los de los textos anteriores”³¹. Proclamó la democra-

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ Luis Mariñas Otero, *Las constituciones de Venezuela*. Madrid, Ediciones cultura hispánica, 1965, p. 92.

³⁰ *Ibíd.*, p. 93.

³¹ Allan R. Brewer-Carías, *Las constituciones de Venezuela*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, N° 71, 2008, T. I, p. 220.

cia como “único e irrenunciable” sistema de gobierno y reguló extensamente los “deberes y derechos individuales y sociales”³².

La Constitución de 1953, en cambio, nació de un gobierno militar y “es una de las menos estudiadas y comentadas de nuestras historias constitucionales”. Ello se debe, tal vez, a que es producto del golpe de Estado del 2 de diciembre de 1952 y debió cargar con ese pesado fardo.

El texto constitucional de 1953 es “minimalista, que reduce a un mínimo las tareas del Estado, en cuanto a la garantía de los derechos económicos y sociales del ciudadano”³³. En esto marca una notable diferencia con la Constitución de 1947. El derecho al trabajo, a la salud, a la educación o la vivienda no son mencionados por la Carta Magna de 1953³⁴; solo se limita a regular “los derechos individuales relacionados con la libertad personal en los diversos ámbitos, así como lo relativo a la inviolabilidad de la correspondencia, del hogar, la garantía de lo que hoy llamamos debido proceso, y cosas de esa índole”³⁵. Sin embargo, la disposición transitoria tercera de la Constitución de 1953 echaba por tierra toda la declaración de derechos anteriores, al establecer que mientras se “completa la legislación” sobre las garantías individuales “se autoriza al Presidente de la República para que tome las medidas que juzgue convenientes a la preservación en toda forma de la seguridad de la Nación, la conservación de la paz social y el mantenimiento del orden público”. Con ello se facultaba al dictador a hacer cuanto quisiera en esta materia. Los hechos ocurridos demuestran que todas esas normas quedaron en letra muerta y que esta Constitución terminó siendo una fachada para que la dictadura gobernara a su antojo.

Tras el golpe de Estado del 23 de enero de 1958 se mantuvo vigente la Constitución de 1953 —y no la de 1947— hasta la entrada en vigencia del nuevo Texto Constitucional del 23 de enero de 1961, el cual fue aprobado el 16 de enero de ese año. Según Jesús María Casal las razones de ello se deben, en primer lugar, a que las Fuerzas Armadas no admitían revivir la Constitución de 1947, porque había nacido en una época de alta conflictividad política, y marcada con una “carga social excesiva respecto del pensamiento de una parte de las Fuerzas Armadas”³⁶. Y, en segundo lugar, a que las Fuerzas Armadas reconocían que la ruptura política ocurrió en las elecciones de 1952, y no antes³⁷. Y esto debido a que de haber restablecido la Constitución de 1947 se habría interpretado —añade Casal— “como la admisión de que todo lo hecho antes por las Fuerzas Armadas era ilegítimo”³⁸.

³² Artículos 20 a 78. Véase Brewer-Carias, *Ibid.*, p. 221.

³³ Diego Bautista Urbaneja: Urbaneja, *Historia portátil*. Caracas, Fundación Bancaribe, 2016, p. 283.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*, p. 284.

³⁶ Jesús María Casal, *Apuntes para una historia del Derecho Constitucional de Venezuela*. Caracas, Editorial Jurídica venezolana, 2019, p. 189.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

Lo señalado explica que el alzamiento del 24 de noviembre de 1948 fue entendido por el sector militar como justificado y legítimo. Esto es fácil de entender pues fue la primera vez que se asume el poder en nombre de las Fuerzas Armadas, amparados en la idea de que el militar está para poner orden, cuando el civil no puede hacerlo. Así fue afirmado por el Comunicado n° 6³⁹ de las Fuerzas Armadas del 24 de noviembre de 1948, así como por las alocuciones de Carlos Delgado Chalbaud de los días 1⁴⁰ y 24 de noviembre de 1949⁴¹, respectivamente. El comunicado y alocuciones referidas pretenden justificar la intervención militar debido al supuesto desorden y conflictividad generado por el sector civil en el manejo de los asuntos de Estado.

En el comunicado señalado (24.11.1948), las Fuerzas Armadas señalan tres razones para justificar el zarpazo: a) “que una vez más están cumpliendo con los sagrados deberes a ellas encomendados, debido al “sectarismo” creado por Acción Democrática; b) la intromisión del partido en los asuntos del presidente Rómulo Gallegos; y, c) por la huelga general declarada por “una organización sindical controlada” por el comité ejecutivo de A.D.

En la alocución del 1.1.1949, Carlos Delgado Chalbaud declara que presidía un gobierno de las Fuerzas Armadas, el cual sería transitorio para “demostrar al país que sabemos mandar”. El mensaje subyacente es este: las Fuerzas Armadas están llamadas a poner orden en el caos generado por el liderazgo civil. En otras palabras, se erigen como árbitros y última instancia en la conducción de los destinos del país.

En la alocución del 24 de noviembre de 1949, un año después del golpe contra Gallegos, la Junta Militar ratifica las razones que, según sus integrantes, justificaron el golpe de Estado. Aquí vale la pena destacar que este texto resalta el papel de las Fuerzas Armadas a partir de 1936, es decir, luego de la muerte de Juan Vicente Gómez. Es lógico que los jóvenes militares que desplazaron a los *chopo* e’ piedras gomecistas hayan sentido que participaron en un proceso de cambio político desde la partida del Benemérito. Estas diferencias, como se ha dicho, fueron la verdadera justificación del golpe del 18 de octubre.

VII. EL PACTO DE PUNTOFIJO

La inestabilidad que representó la agitación política existente luego de la caída de la dictadura, se pudo vencer debido al piso político que daba el acuerdo de gobernabilidad suscrito por Rómulo Betancourt, Rafael Caldera y Jóvito Villalba el 31 de octubre de 1958, en la quinta *Puntofijo*, residencia del penúl-

³⁹ Mayobre, Ob. cit, pp. 77 -80.

⁴⁰ *Ibid*, pp. . 93-96.

⁴¹ *Ibid*, pp. 97-104.

timo de los nombrados. Este acuerdo giró en torno a tres ideas: “a) Defensa de la constitucionalidad conforme al resultado electoral”; “b) Gobierno de Unidad Nacional” y “c) “Programa mínimo común”. Estos tres objetivos se respetaron sin vacilar. De esta manera se logró una alianza que dio soporte a la naciente democracia.

El respeto a los resultados electorales fue determinante en el acuerdo celebrado. Los partidos políticos hasta 1958 habían sido perseguidos y acorralados por la represión de la dictadura, pero adquirieron la madurez necesaria para entender la importancia de la unidad, a pesar de las diferencias ideológicas, en la lucha por la libertad.

El Pacto de Puntofijo fue calificado por Manuel Caballero como el “documento más importante en la historia de la República de Venezuela después de 1830”⁴². Si bien el acuerdo fue para el quinquenio 1959-1964, se proyectó en la práctica más allá de ese periodo. Así, por ejemplo, la política de pacificación la inició el presidente Raúl Leoni y la concluyó Rafael Caldera en su primera presidencia.

Según Rafael Caldera, el gran mérito de este acuerdo fue que se cumplió⁴³. En este sentido, el líder socialcristiano apunta que en el año 1857 se hizo un pacto parecido entre los actores de la Revolución de marzo que derrocó al general José Tadeo Monagas. Sin embargo, este acuerdo fracasó porque no se respetó. Lo fundamental en estos acuerdos políticos es que quienes lo suscriben deben estar dispuestos a honrar la palabra empeñada.

Hay quienes piensan que el Pacto de Puntofijo tendría un antecedente en el Tratado de Coche, suscrito el 23 de abril de 1863 por Antonio Guzmán Blanco y Pedro José Rojas, secretario del general José Antonio Páez, para poner fin a la Guerra Federal. Tanto Rojas como Guzmán Blanco tenían en común la falta de escrúpulos para los negocios y la búsqueda del poder. Guzmán Blanco aprendió de Rojas las habilidades para construir una fortuna personal a partir de la contratación pública. En cambio, el acuerdo suscrito por Betancourt, Villalba y Caldera llevó el sello de la honorabilidad de estos tres líderes de la democracia venezolana.

Gracias al Pacto de Puntofijo se sucedieron elecciones democráticas, con un órgano electoral imparcial que garantizaba el principio de la alternancia en el poder. Si bien el pacto perdió nominalmente a uno de sus integrantes, con la salida de Unión Republicana Democrática del gobierno de Betancourt, debido a la exclusión (en 1962) de Cuba de la Organización de Estados Americanos, el acuerdo se mantuvo vigente en la práctica más allá de 1964.

⁴² Manuel Caballero: *La Peste Militar*. Caracas, Ediciones Alfa, 2007, p. 20.

⁴³ Rafael Caldera: *De Carabobo a Puntofijo*. Caracas, Editorial Libros Marcados, 2008, p. 128.

La cultura política de los líderes impulsores del pacto político de 1958 fue determinante para darle respaldo a la democracia, al tiempo que atemperó la agresiva lucha política sufrida por Venezuela entre 1945 y 1948.

Vale la pena recordar las bondades del acuerdo de estabilidad que significó el Pacto de Puntofijo. De esta manera, las nuevas generaciones de políticos venezolanos pueden tener presente la importancia de los acuerdos y alianzas para dar sustento a la democracia.

La conquista de la libertad es la obra de todos y en ella no hay espacio para exclusiones. Un acuerdo de largo aliento puede garantizar la derrota definitiva de los proyectos totalitarios. Por todo esto, hay que recordar lo que significó para la estabilidad de Venezuela el Pacto de Puntofijo.

VIII. LA POLÍTICA MILITAR DE RÓMULO BETANCOURT

La posición de Betancourt en relación con los militares puede dividirse en dos etapas. La primera corresponde al trienio (1945-1948); y la segunda comienza en 1958, después del derrocamiento de Pérez Jiménez.

La primera etapa está caracterizada por una relación de desconfianza mutua entre Betancourt y los militares, puesto que todavía el líder adeco no había afinado su instinto para este asunto. La desconfianza que generaba Betancourt en el sector militar queda evidenciada en la opinión de Marcos Pérez Jiménez, quien le expresó a Agustín Blanco Muñoz que él desconfiaba de Betancourt porque carecía de “ideales nobles”; sin embargo, cuando el sector militar advirtió que su presencia en el golpe era inconveniente, resultaba difícil abortar la conspiración⁴⁴.

En esta primera etapa de su carrera política, el manejo del asunto militar por parte de Rómulo Betancourt no estuvo exenta de errores. Pérez Jiménez lo afirma cuando sostiene que el líder adeco pensaba que a los militares se les podía llevar a cualquier parte con “un bistec y con una prostituta [...] Pero el hecho de que él tuviera que asociarse con esos militares y que ellos estuvieran marcando la pauta, estaba dando [Betancourt] el tremendo desmentido ante la opinión pública”⁴⁵. Es decir, el jefe de la década militar afirma que Betancourt, por una parte, despreciaba a los militares; pero, al mismo tiempo, tenía que asociarse con ellos. Más allá de esta mala opinión hay un hecho indiscutible: Betancourt aprendió a manejarse con el sector castrense, al extremo de vencer las intenciones golpistas, de distintas ideologías que amenazaron su gobierno, el primero de la era civil.

Las dificultades militares que caracterizaron al comienzo del gobierno de Betancourt se evidencia con los sucesivos intentos de golpes de Estado. El prime-

⁴⁴ Agustín Blanco Muñoz, *Habla el general*. Caracas, Centro de Estudios de Historia Actual Faces-UCV, tercera edición, 1983, p. 52.

⁴⁵ En: *Habla el general ... cit*, p.53.

ro fue el de Castro León, el 20 de abril de 1960 en San Cristóbal; luego siguieron los golpes de Carúpano (*Carupanazo*: 4 de mayo de 1962) y Puerto Cabello (*Porteñazo*: 2 de junio de 1962) organizados por el Partido Comunista. A esto se suma el atentado contra el presidente Rómulo Betancourt por parte de Rafael Leónidas Trujillo, dictador de República Dominicana, en junio de 1960, poco después del alzamiento de derecha de Castro León. Todo esto demuestra el tamaño de la amenaza contra la naciente democracia. La extrema derecha y, sobre todo, la extrema izquierda no cesaban en sus intentos para derrocar a Betancourt.

La reunión constante con los militares fue una práctica de Betancourt, que luego hicieron suyas los demás presidentes civiles⁴⁶. Por otra parte, el líder adeco patrocinó la reinserción de los militares expulsados durante el régimen de Pérez Jiménez y que simpatizaban con AD⁴⁷. También se ocupó del mejoramiento de las condiciones técnico profesionales y de su nivel de vida⁴⁸.

Betancourt manejaba directamente la cuestión militar sin ceder mayor espacio al Congreso. Hernán Castillo lo cuestiona, porque las mayores facultades del parlamento en materia militar constituyen un mecanismo complementario. Y dejar de lado al parlamento en estos asuntos fue “uno de los gérmenes de la degradación de las bases políticas de la democracia”⁴⁹.

IX. EL CONTROL CIVIL SOBRE EL MILITAR A PARTIR DE 1958

El predominio civil sobre el militar a partir de 1958 se fundamentó en el prestigio intelectual y en el conocimiento de los asuntos militares, la dirigencia política que diseñó el Pacto de Puntofijo pudo mantener el predominio civil sobre el militar. Rómulo Betancourt, Raúl Leoni y Rafael Caldera fueron muy hábiles en el manejo de esa materia y se ocuparon personalmente de esta cuestión. El manejo presidencial de los asuntos militares no se puede delegar.

Existen varias razones que explican por qué el poder civil pudo controlar al sector castrense en la primera etapa de la democracia⁵⁰. Son ellas: el prestigio moral e intelectual de los líderes civiles; el acuerdo político que cristalizó en el Pacto de Puntofijo; la fortaleza de los partidos políticos; la alianza con los Estados Unidos; la amenaza del castrismo que unificó al sector militar y la convicción democrática del sector profesional de las Fuerzas Armadas.

⁴⁶ Gene Bigler, “La restricción política y la profesionalización militar en Venezuela”. En: *Politeia*. Caracas, Instituto de Estudios Políticos, UCV, n° 10, 1981, p.88

⁴⁷ Alberto Müller Rojas, “Rómulo Betancourt y la política militar”. En: *Rómulo Betancourt: Historia y Contemporaneidad*. Caracas, Editorial Fundación Rómulo Betancourt, 1989, p. 417

⁴⁸ *Ibid*, p. 418

⁴⁹ Hernán Castillo, *Militares, control civil y pretorianismo en Venezuela*. Caracas, s.e, 2018, p. 42.

⁵⁰ Véase, por todos, Bigler, Ob.cit, pp. 85-142. Castillo: *Ibid*, p. 55

Por otra parte, David Pion-Berlin estima que el líder civil debe poseer conocimientos en materia de seguridad y defensa, y a falta de ellos debe disponer de habilidades políticas llamada “gerencia política”⁵¹. Los tres líderes civiles de los inicios de la democracia (Betancourt, Leoni, Caldera) ejemplifican lo señalado por Pion-Berlin porque demostraron en sus gobiernos, no solo entender el asunto militar, sino poseer las habilidades políticas necesarias para subordinar el poder militar al civil, como lo requieren las democracias.

Bueno es advertir que Ricardo Sucre, al comentar la opinión de Pion-Berlin, define lo que debe entenderse sobre las relaciones entre civiles y militares, y al respecto señala que: “Es la capacidad para ofrecer un proyecto de país que tengan los civiles y el liderazgo del mismo, como recurso para atenuar el pretorianismo de nuestros militares”⁵². Es decir, el liderazgo que ejerce el sector civil es sobre la base de un proyecto de país, como el que rigió en Venezuela con el Pacto de Puntofijo.

A partir de 1958 sí hubo un control civil sobre el militar, basado en las razones señaladas en los párrafos que anteceden; es decir, prestigio del liderazgo civil y el sentido de unidad para enfrentar la amenaza militar. También el apoyo que le brindó el gobierno de los Estados Unidos al gobierno de Rómulo Betancourt para enfrentar la amenaza de Fidel Castro en su fracasado intento de apoderarse del petróleo venezolano. El estadista adeco armó sus acuerdos internos amparado en el Pacto de Puntofijo; obtuvo el respaldo del gobierno de los Estados Unidos, con cuyo presidente, John Kennedy suscribió alianzas, y consolidó el apoyo militar que le dio base a su difícil y amenazado gobierno.

Para comprender esta compleja etapa de nuestra historia republicana, se debe tener presente los aportes del profesor Gustavo Salcedo Ávila⁵³, quien hizo un detallado estudio, con documentación desclasificada de la *Central Intelligence Agency* (Oficina Central de Inteligencia) y el Departamento de Estado. El autor, con información abundante, narra los hechos ocurridos y los interpreta a partir de la referencia fáctica. Resulta una lectura que atrapa y estimula la reflexión sobre el presente a partir de la experiencia histórica.

El gobierno de Betancourt no solo tenía el apoyo interno, amparado en el Pacto de Puntofijo, de un gobierno de coalición y del sector profesional de las

⁵¹ Véase David Pion-Berlin, “Political management of the military in Latin America”. En: *Military Review*. Kansas, January-February 2005, p. 21 [Disponible en línea].

⁵² Ricardo Sucre Heredia, *La concepción militar en la nueva LOFAN ¿Guerra asimétrica o movilización nacional para la dominación interna?* En: https://www.academia.edu/16961291/La_concepci%C3%B3n_militar_en_la_nueva_LOFAN_Guerra_asim%C3%A9trica_o_movilizaci%C3%B3n_nacional_para_la_dominaci%C3%B3n_interna Disponible 1.6.2019]

⁵³ Véase Gustavo Salcedo Ávila, *Venezuela, campo de batalla de la Guerra Fría. Los Estados Unidos y la era de Rómulo Betancourt (1958-1964)*. Caracas, Fundación Bancaribe, 2017, Cap, V, pp. 165-225. Esta obra obtuvo mención de Honor en el premio Rafael María Baralt que otorga la Academia Nacional de la Historia y la Fundación Bancaribe para la Ciencia y la Cultura correspondiente al bienio 2016-2017.

Fuerzas Armadas, sino el respaldo del gobierno de los Estados Unidos. El líder adeco, sin complejos, entendió que el aliado natural de Venezuela era el país de George Washington y Tomas Jefferson. De esa manera se apertrechó del poder necesario para sostener la democracia venezolana.

John Kennedy le dijo a Betancourt, con ocasión de su visita a la Casa Blanca, en un memorable discurso del día 19 de febrero de 1963: “Usted personifica todo lo que nosotros admiramos en un líder político”. En el mismo discurso, el joven presidente del gran país del norte, le reconoció al estadista venezolano que su lucha por la democracia lo había convertido en el enemigo más importante de los comunistas en América Latina; ello porque Fidel Castro se había empeñado en apoderarse de nuestro petróleo y extender su modelo marxista-leninista a Venezuela. Igualmente recibió apoyo en el Partido Comunista y en el Movimiento de Izquierda Revolucionaria, escisión del ala marxista de Acción Democrática.

Luego de la visita de Castro a Caracas, en enero de 1959, Rómulo Betancourt fue percibiendo el riesgo que representaría el dictador cubano para Venezuela. Al estadista adeco le llamó la atención la negativa de Castro de llevar a cabo elecciones. El comunismo no cree en elecciones: es una ideología basada en la lucha de clases y en el aniquilamiento del “enemigo”. La revolución cubana había llegado para quedarse y las elecciones no iban a impedir este proyecto de revancha y persecución.

Una vez convertida Cuba en un satélite soviético al calor de la Guerra Fría, pasó a ser una amenaza permanente para la región y especialmente para la democracia venezolana. Su injerencia fue permanente, al punto de llevar a cabo la invasión de Machurucuto en mayo de 1967 y ofrecer entrenamiento, armas y adoctrinamiento a los guerrilleros. A pesar de que Castro vivía su momento de esplendor, el demócrata venezolano —con el apoyo del sector institucional del poder militar— lo enfrentó y derrotó en todos los terrenos: militar, político e ideológico. En ese momento era impensable que años después, el dictador cubano recibiría la dadiva petrolera para imponer una pesada carga económica y de sacrificios al pueblo venezolano. Esto se debe al progresivo adoctrinamiento que la extrema izquierda fue realizando sobre sectores militares. (Sobre esto volveré *infra*).

La derrota del castrismo fue posible gracias a la unidad de los distintos sectores del país en torno a la defensa de la democracia. El rol de las Fuerzas Armadas de la época resultó determinante. El compromiso del poder militar con la Constitución quedó demostrado en esa larga lucha contra la violencia y el terrorismo.

Es conveniente recordar también el papel relevante del ministro de la Defensa de la época, general Antonio Briceño Linares, al darle apoyo al sistema democrático. El general Briceño Linares había conquistado la simpatía de John Kennedy, como lo reporta Salcedo Ávila en su exhaustivo estudio⁵⁴. Al momento

⁵⁴ *Ibid*, p. 218.

de visitar los Estados Unidos, recibió todo el soporte militar del gobierno estadounidense. Obtuvo material bélico, entrenamiento, asistencia en inteligencia. En esa época, “operaban en Venezuela las *Special Forces Mobile Training Teams*, constituidas por pequeños grupos de *Green Berets* que entrenaban a los oficiales venezolanos en la conducción de operaciones de contra-insurgencia”⁵⁵. El número de las boinas verdes no pasaba de una docena, muy distinto a lo vivido después con la “revolución bolivariana”.

El general Briceño Linares tuvo una participación “decisiva en el combate a la guerrilla”⁵⁶, debe ser recordado, pues su compromiso institucional es un referente para la democracia. Por todo eso, hay que conocer y recordar, como se merece, el aporte del sector militar en el sostenimiento de los valores de la democracia y la libertad durante el inicio de la era civil de nuestra historia.

X. LA PÉRDIDA DEL CONTROL CIVIL SOBRE EL MILITAR

¿Cómo se fue rompiendo entre control civil sobre el militar? Ello ocurrió en la medida en que se debilitaba el acuerdo político que significó Puntofijo; y muy especialmente por el deterioro de los partidos políticos.

En este proceso llama la atención lo ocurrido en el segundo gobierno de Carlos Andrés Pérez con la aplicación del denominado “paquete económico”, que para algunos fue la causa inmediata del “caracazo”. El presidente Pérez llegó al poder de la mano de la doctrina socialdemócrata a la que se afilia su partido AD. Sin embargo, inició su gobierno aplicando políticas liberales, lo cual produjo un cortocircuito, al pretender un plan económico (acertado o no) sobre una plataforma política que le resultaba incoherente. La crisis se produce, entonces, cuando el partido político (o el presidente que lo representa) pretende aplicar programas económicos incompatibles con sus tesis ideológicas originales⁵⁷.

Por razones no suficientemente estudiadas, en el gobierno de Raúl Leoni se decidió que la Academia Militar debía acoger preferentemente egresados de las instituciones educativas públicas sobre los egresados de los colegios privados. Esta política que, en el fondo, discrimina, desalentó a los buenos estudiantes de colegios privados a ingresar a la Academia Militar⁵⁸. Este es un asunto que está a la espera de un amplio y sincero debate.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 219.

⁵⁶ Carlos Andrés Pérez: *Memorias proscritas. Entrevista de Ramón Hernández y Roberto Giusti*. Caracas, Los libros de El Nacional, 2006, p. 149.

⁵⁷ Gustavo Velásquez, *La quiebra del modelo político. Auge y decadencia de los partidos 1958-1998*. Tesis doctoral presentada en la Universidad Simón Bolívar para optar al título de doctor en Ciencias Políticas. Caracas, consultada en fotocopias del original, pp. 58-59.

⁵⁸ Algo distinto al criterio de excelencia que debe ser la regla de ingreso para cualquier institución académica.

Por otra parte, la dirigencia política no prestó atención al sistema de estudios que se desarrollaba en la Academia Militar desde que surgió el plan educativo experimental Andrés Bello, el cual consistía en una reforma educativa-militar a partir de 1971. Hugo Chávez y los demás golpistas del 4F se forman bajo el manto de esa reforma⁵⁹. Al examinarse el programa de estudios se advierte algunas materias más apropiadas para una Escuela de Ciencias Políticas que para una Academia Militar. Parece que se estuviese formando oficiales para la política y no para la guerra. El resultado no se hizo esperar: politización de la Fuerza Armada lo que sirvió de un acicate para el desarrollo de la revolución bolivariana.

Este proceso de politización de la Fuerza Armada se fue acentuando a partir de la Constitución de 1999. En efecto, el Texto Fundamental de 1961 repitió la tradición constitucional venezolana (salvo la de 1953) según la cual las Fuerzas Armadas son “una institución apolítica, obediente y no deliberante”⁶⁰. Al contrario, la Constitución de 1999, cambió esta tradición y en su artículo 328⁶¹ consagra la regla inversa al convertirla en un cuerpo “político, obediente y deliberante”, tal como lo subraya Ricardo Sucre⁶².

La politización toca un punto muy elevado con el adoctrinamiento experimentado por la Fuerza Armada. Así lo evidencian las consignas militares y la

⁵⁹ Véase Santiago Giantomasi, *Profesionalización de las Fuerzas Armadas en América Latina: Hugo Chávez y la Academia Militar de Venezuela 1971-1975*. En: http://www.congreso2017.fomerco.com.br/resources/anais/8/1503496190_ARQUIVO_Giantomasi,Santiago-HugoChavezylaAcademiaMilitardeVenezuela.pdf. [Disponible 3.6.19]

⁶⁰ Es la regla contenida en el artículo 132 de la Constitución que señala: “Las Fuerzas Armadas Nacionales forman una institución apolítica, obediente y no deliberante, organizada por el Estado para asegurar la defensa nacional, la estabilidad de las instituciones democráticas y el respeto a la Constitución y a las leyes, cuyo acatamiento estará siempre por encima de cualquier otra obligación. Las Fuerzas Armadas Nacionales estarán al servicio de la República, y en ningún caso al de una persona o parcialidad política”.

⁶¹ El artículo 328 citado, reza así: “La Fuerza Armada Nacional constituye una institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional, de acuerdo con esta Constitución y con la ley. En el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna. Sus pilares fundamentales son la disciplina, la obediencia y la subordinación. La Fuerza Armada Nacional está integrada por el Ejército, la Armada, y la Aviación y la Guardia Nacional, que funcionan de manera integral dentro del marco de su competencia para el cumplimiento de su misión, con un régimen de seguridad social integral propio, según lo establezca su respectiva ley orgánica”. (Subrayados míos).

⁶² Véase Ricardo Sucre Heredia: *Fuerzas Armadas y cultura política: una aproximación a partir de un estudio de opinión en Venezuela*. Caracas. Ponencia preparada para el “I Coloquio de Historia y Sociedad: La cultura política del venezolano, organizado por el Departamento de Ciencias Sociales de la USB y el Instituto de Investigaciones Históricas de la UCAB. 2004, p. 31. En: https://www.academia.edu/18300417/Fuerzas_Armadas_y_cultura_pol%C3%ADtica_una_aproximaci%C3%B3n_a_partir_de_un_estudio_de_opini%C3%B3n_en_Venezuela

definición que hace el cuerpo militar de ser una fuerza: “patriótica, bolivariana, revolucionaria, socialista, antiimperialista y chavista”. Ante esta situación, los partidos políticos y la sociedad civil deben estudiar el asunto con serenidad para evitar aumentar la tensión que se produce cuando el sector político emite declaraciones inconvenientes contra el sector militar. Opinar sobre un asunto tan complejo no puede responder a la improvisación⁶³.

El adoctrinamiento progresivo de la extrema izquierda sobre la Fuerza Armada se hizo sin cesar. Así lo reporta el general Carlos Peñaloza, quien fue comandante general del ejército. Douglas Bravo como jefe del brazo militar del partido comunista, logró infiltrar oficiales básicamente en el ejército⁶⁴. Esto fue un proceso de larga duración que marca la ideologización del poder militar⁶⁵, como se evidencia de las consignas políticas que —como se dijo— actualmente acompañan el saludo militar. El éxito de Chávez en su política militar se debe a que hizo coincidir “los intereses del proyecto de la V República con los intereses de las FAN”⁶⁶.

Siendo así el asunto, vale la pena tener en cuenta la publicación de un libro que presenta y desarrolla el concepto de *militaridad*, cuyos autores son los generales Rafael José Aguana y Samir Sayegh Assal⁶⁷. Este concepto —la militaridad— era desconocido y “forma parte de la ofensiva ideológica de lo militar sobre lo civil”⁶⁸. Se trata de un planteamiento ideológico y político en la formación militar que marca la influencia cubana en este asunto⁶⁹, y equivale a la idea de militarizar la sociedad, lo cual es ajeno a nuestra tradición constitucional. El profesor José Alberto Olivar denuncia que a través de este proceso de adoctrinamiento se pretende convertir al militar en revolucionario y a la Fuerza Armada en un partido político⁷⁰.

⁶³ Véase, Ricardo Sucre Heredia, “El papel de la estructura militar en la configuración del nuevo sistema político”. En: *Desarmando el modelo. Las transformaciones del sistema político venezolano desde 1999*. Diego Bautista Urbaneja (Coord.). Caracas, Fundación Konrad Adenauer, Instituto de Estudios Parlamentarios Fermin Toro, abediciones, 2017, p. 366.

⁶⁴ Carlos Peñaloza, *El delfín de Fidel*. Miami, Alexandria Library, 2014, p. 27, *passim*.

⁶⁵ Véase, Orlando Avendaño: *Días de sumisión*. Caracas-Lima, Papeles Salvajes, 2018. Este libro es una tesis de grado presentada en la UCAB para optar al título de Licenciado en Comunicación Social. El autor narra el recorrido seguido por Fidel Castro para alimentar la lucha armada con su ojo puesto en el petróleo. Aquí vale la pena recordar una anécdota de la reunión entre Fidel Castro y Rómulo Betancourt, celebrada en Caracas en enero de 1959. Castro le habría solicitado ayuda petrolera al presidente venezolano, a lo que este contestó: “si quieres petróleo debe pagarlo al precio internacional”.

⁶⁶ Sucre Heredia, *Fuerzas Armadas y cultura política: loc. cit.*

⁶⁷ *La militaridad en el Estado democrático y social de derecho y de justicia*. Caracas, Universidad Bolivariana de Venezuela, 2014.

⁶⁸ José Alberto Olivar: “La militaridad: prospecto ideológico del Estado cuarte en Venezuela”. En: *Entre el ardid y la epopeya*. Caracas, Negro sobre blanco, 2018, p.267.

⁶⁹ *Ibid*, p. 264.

⁷⁰ *Ibid*, p. 276.

El desarrollo de este adoctrinamiento⁷¹ ha contribuido a crear el llamado “Estado cuartel”,⁷² en el cual el poder militar ocupa las instituciones clave del gobierno, como el ministerio de relaciones interiores y Pdvsa, por ejemplo. A través del monopolio de la fuerza, el sector militar ha doblegado a los civiles por medio de la “intervención militar en política”⁷³. Esta protuberante presencia del sector castrense en la burocracia sube de tono si se le añade el antes mencionado proceso de adoctrinamiento. Esto ha llevado a “la conversión de la FANB en un auténtico partido político”⁷⁴, lo cual contradice nuestro origen republicano y el mandato plasmado en la Constitución de 1811.

La participación de los militares en política no es ajena a otras sociedades; pero lo que ocurre en Venezuela, equivalente a la situación cubana, rebasa el equilibrio, al colocar al militar en un estadio superior al civil. No en balde, Samuel Huntington examina los regímenes pretorianos en Asia y África⁷⁵ para resaltar en ellos la vinculación entre la conquista del poder y golpe militar. En el caso venezolano, el régimen populista de estirpe militar tiene un origen electoral (1998), lo que lo asemeja, en este sentido, a lo que fue el peronismo. Pese al origen electoral, el régimen de Maduro ha perdido legitimidad debido a las cuestionadas “elecciones” del 20 de mayo de 2018 y de la falta de imparcialidad del Consejo Nacional Electoral, pero puede hacerlo porque tiene el control de la Fuerza Armada. De esta manera, la institución castrense se convierte en su base de sustentación.

En este contexto, debe revisarse otro aspecto relevante: los ascensos militares. Estos deben pasar por el control parlamentario; es decir, por las manos del poder civil, para evitar que se politice el ascenso y lograr así que este responda únicamente a méritos profesionales, tal como estaba regulado en la Constitución de 1961. La materia de los ascensos militares no puede pasar inadvertido.

El reto de los demócratas venezolanos consiste en tomar conciencia de la fuerte presencia ideológica en sectores militares, lo cual le resta imparcialidad a este cuerpo que necesariamente debe estar al servicio de la nación, y no de ninguna parcialidad política.

⁷¹ Merece atención la creación por parte de Hugo Chávez de la Universidad Militar Bolivariana (UMBV) mediante decreto en el año 2010.

⁷² Véase, Luis Alberto Buttó, “El Estado cuartel en Venezuela: bases teóricas para su estudio”: En: Luis Alberto Buttó y José Alberto Olivares (Coord.), *El Estado cuartel en Venezuela. Radiografía de un proyecto autoritario*. Caracas, 2da Edición, 2018, pp. 17-33.

⁷³ *Ibíd.*, p. 17.

⁷⁴ Olivares, *ob. cit.*, p. 276.

⁷⁵ Samuel Huntington, *Political order in changing societies*. New Haven, Yale University Press, 1978, pp.198-263.

CONCLUSIONES

La exposición anterior autoriza presentar las conclusiones siguientes:

1. La subordinación del poder militar al civil fue establecida por la Constitución de 1811, al señalar: “el Poder Militar, en todos los casos, se conservará en una exacta subordinación a la autoridad civil y será dirigido por ella” (artículo 179, Constitución de 1811). Por consiguiente, el reto que tenemos los venezolanos es desarrollar las habilidades políticas para dar cumplimiento a ese necesario mandato republicano.

2. A lo largo de nuestra historia, el poder militar ha sometido al poder civil. En 1958, luego de la caída de Marcos Pérez Jiménez, se invirtió la ecuación y los venezolanos vivimos bajo el control de la dirigencia civil, la cual se fue debilitando en la medida en que el sistema de partidos fue perdiendo fuerza y prestigio hasta que saltaron los demonios de la democracia y regresamos a lo que parecía superado: el Estado cuartel como la etapa más elevada del pretorianismo y el militarismo. Estamos ante la participación de la Fuerza Armada en la vida política y la conducción militar de los ministerios clave y empresas fundamentales.

3. Hay varias razones que explican que el poder civil haya podido controlar al sector castrense en la primera etapa de la democracia. Son ellas: el prestigio moral e intelectual de los líderes civiles; el acuerdo político que cristalizó en el Pacto de Puntofijo; la fortaleza de los partidos políticos; la alianza con los Estados Unidos; la amenaza del castrismo que unificó al sector militar y la convicción del sector profesional de las Fuerzas Armadas de que había que derrotar la guerrilla castrista.

4. Debido al prestigio intelectual y en el conocimiento de los asuntos militares, la dirigencia política que diseñó el Pacto de Puntofijo pudo mantener el predominio civil. Rómulo Betancourt, Raúl Leoni y Rafael Caldera fueron muy hábiles en el manejo de esa materia y se ocuparon personalmente de esta cuestión.

5. El liderazgo civil, además de la autoridad basada en su prestigio, debe manejarse con un lenguaje apropiado para dirigirse a los militares. Acusaciones generalizadas contra la institución, lejos de granjearse el reconocimiento y el apoyo, producen el efecto contrario. Para regresar al control civil de la Fuerza Armada es necesario rescatar la metodología utilizada por los civiles que sí pudieron lograr dicho control.

6. El sector civil no debe lucir desordenado y dividido. Esto explica que Carlos Delgado Chalbaud en el Comunicado n° 6 de las Fuerzas Armadas del 24 de noviembre de 1948 y las alocuciones de los días 1 y 24 de noviembre de 1949, respectivamente, haya pretendido justificar el rol militar en la política. Según estos textos, los militares tenían que desenredar los entuertos causados por el sector civil en “su acción desordenada, dispersa y ruidosa”. Esto lo dijo para justificar el golpe contra Rómulo Gallegos.

7. Con la llegada de Hugo Chávez al poder, se produjo un proceso de ideologización de la Fuerza Armada, que se evidencia en las consignas políticas que acompañan el saludo militar, como la que dice que la Fuerza Armada es “patriótica, bolivariana, revolucionaria, socialista, antiimperialista y chavista”. Esta consigna está reñida con la necesaria imparcialidad que debe regir al cuerpo castrense. Además, resulta un riesgo para el caso de que la voluntad popular elija una opción política distinta al chavismo, ya que habría un conflicto entre la decisión del elector con los dogmas ideológicos que se expresan en esa consigna.

8. Para rescatar el rol institucional de la Fuerza Armada, se requiere de una discusión amplia, deslastrada de dogmatismos, que le permita al sector civil diseñar un plan cuyo fin sea recuperar el control institucional del poder militar.

9. Igualmente, las universidades deben crear líneas de investigación sobre los estudios militares para promover una cultura intelectual que permita entender y defender el rol democrático que se espera del sector castrense. El control civil sí es posible, pero requiere de unidad y estudio por parte del liderazgo que cree en los valores que inspiraron el nacimiento de nuestra república. Es un proceso largo y difícil, pero no imposible.

VI PARTE

DESHUMANIZACIÓN

10. LA PIEDRA ANGULAR DE LA DEMOCRACIA Y LOS AVATARES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN VENEZUELA

Héctor FAÚNDEZ LEDESMA*

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, quienes ejercen el poder político son recelosos de la libertad de expresión. Lenin cuestionaba su utilidad social, y se preguntaba por qué debería permitirse la libertad de expresión y de prensa; si ese mismo gobierno no toleraría que se le hiciera oposición por medio de las armas, y si las ideas son más letales que las armas, Lenin no entendía por qué un gobierno que cree que está haciendo lo correcto debería permitir que lo critiquen.¹ En Venezuela, quienes han seguido sus pasos, ni siquiera se han hecho esa pregunta, sino que, simplemente, han rechazado que un ciudadano pueda decir lo que le plazca, o intentar enterarse de cómo se están manejando los recursos del Estado, porqué hay ciudadanos que no tienen acceso al agua limpia, porqué nuestras universidades se deterioran y se caen literalmente a pedazos, porqué nuestros profesionales emigran a tierras lejanas (a veces caminando), porqué estamos renunciando al control de una parte de nuestro territorio en favor de grupos armados que propician el crimen y el tráfico de drogas, o porqué nos estamos sometiendo a los intereses de una potencia extranjera.

* Profesor titular de la Universidad Central de Venezuela.
Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

¹ Citado por Simon Lee, en *The cost of free speech*, Faber and Faber, London Boston, 1990, p. 21.

I. EL MARCO TEÓRICO

La teoría no ha sido indiferente al fundamento de la libertad de expresión y, desde muy temprano, se han esbozado diversas teorías para responder a esta interrogante. Para algunos, la libertad de expresión constituye un fin en sí misma, y no tiene que servir a ningún propósito específico, distinto del respeto a la dignidad individual; en este sentido, Lawrence Tribe ha sugerido que la libertad de expresión es una manifestación del tipo de sociedad que queremos, y del tipo de sociedad que queremos ser.² En oposición a la filosofía utilitarista, que busca atribuir alguna función a la libertad de expresión, ésta también puede ser vista simplemente como un derecho, que no está llamado a cumplir ningún papel distinto al que deriva de su consagración como tal.³ Aunque asumir esta tesis puede conducir a paradojas desconcertantes, parafraseando a Dworkin, también habrá que tomar los derechos en serio. Pero, en general, se ha asumido que la libertad de expresión es un bien instrumental, y que el ejercicio de la misma cumple una función social. Entre estas teorías merecen mencionarse especialmente tres, que parecen constituir una adecuada síntesis de todas las demás: En primer lugar, aquella que percibe a la libertad de expresión como un instrumento útil para el descubrimiento de la verdad; en segundo lugar, aquella que ve en la libertad de expresión un aspecto más del desarrollo y la realización personal, la cual está estrechamente asociada con la tesis que entiende a la libertad de expresión como un valor en sí misma; y, por último, aquella que concibe a la libertad de expresión como un derecho puramente político, cuya relevancia radica en su utilidad como herramienta para la participación ciudadana en el proceso político y en el fortalecimiento de la democracia. Estas razones han conducido a elevar la libertad de expresión a la categoría de derecho subjetivo, y a dotarla de contenido ético.

Suponiendo que la libertad de expresión cumple una función diferente a la de los otros derechos y libertades, identificar el fundamento mismo de la libertad de expresión, y tratar de precisar por qué es necesario protegerla y ser tolerante con ideas que no compartimos -y que pueden socavar la autoridad del Estado o de la religión dominante- es, sin lugar a dudas, la primera interrogante que llama poderosamente nuestra atención. De la respuesta que ella reciba depende tanto el contenido de la libertad de expresión como el régimen jurídico que le es aplicable en caso de conflicto con otros derechos o intereses. Pero lo cierto es que esas distintas teorías no son excluyentes, y se refuerzan mutuamente. Sin embargo, teniendo en cuenta los avatares de la libertad de expresión en Venezuela, y el efecto que su avasallamiento ha tenido para la institucionalidad política, en este comentario vamos a centrar nuestro análisis en la libertad de expresión como la herramienta que utilizamos para participar en el proceso político y construir el tipo de sociedad que queremos.

² Lawrence H. Tribe, *American Constitutional Law*, Second Edition, Foundation Press, Inc., Mineola, New York, 1988, p. 785.

³ Cfr., en este sentido, Owen M. Fiss, en *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts / London, 1996, p. 3.

Para Benjamín Constant, lo que caracteriza la libertad de los modernos es la libertad individual, que encuentra su garantía en la libertad política,⁴ y no a la inversa. De manera semejante, Erich Fromm sostenía que la victoria de la libertad es posible solamente si la democracia permite construir una sociedad en que el individuo, su desarrollo y su felicidad, constituyan el fin y el propósito de su cultura; una sociedad en que la vida no necesite justificarse por el éxito o por cualquier otra consideración, y en la que el individuo no se vea subordinado ni sea objeto de manipulaciones por parte de ningún otro poder exterior a él mismo.⁵ Tal vez por ello, en una de sus decisiones más emblemáticas, y una de las más tempranas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos caracterizó a la libertad de expresión como “la piedra angular de una sociedad democrática y como “una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada. “es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.”⁶ En el mismo sentido, el Art. 4 de la *Carta Democrática Interamericana*⁷ señala que la libertad de expresión y de prensa son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia. Por su parte, el artículo 57 de la Constitución de Venezuela, junto con reafirmar el reconocimiento de la libertad de expresión, agrega que “se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades.” Esta disposición se ve complementada por el artículo 58 de la misma Constitución, que dispone que “la comunicación es libre y plural [...] y que] toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura,” de acuerdo con los principios de la misma Constitución. Tan importante es la libertad de expresión en la estructura de la Constitución de Venezuela que, según el artículo 337 de la misma, el derecho a la información -esto es, el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones de todo tipo- no se puede suspender ni aun en las circunstancias excepcionales de un estado de excepción (o de sitio). O sea, en el Derecho Constitucional venezolano, la libertad de expresión ha sido elevada a la categoría de un derecho fundamental.

⁴ Cfr. “*De la liberté des anciens comparée a celle des modernes*”, discurso pronunciado en el Athénée Royal, de París, en 1819, reproducido en *Political Writings*, traducción y recopilación de Biancamaria Fontana, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, p. 323.

⁵ Cfr. Erich Fromm, *El miedo a la libertad*, título original, *Escape from freedom*, 1941, traducción de Gino Germani, Ediciones Paidós, Barcelona / Buenos Aires, 1980, pp. 296 y sig.

⁶ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva, del 13 de noviembre de 1985, párrafos 70.

⁷ Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 11 de septiembre de 2001.

Así como la libertad de expresión sólo es posible en el marco de una sociedad democrática, la democracia no se concibe sin la libertad de expresión; una sociedad que no garantice la libertad de expresión no es una sociedad democrática. La democracia se fortalece con el ejercicio de la libertad de expresión. En este sentido, James Madison, uno de los redactores de la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos –la cual consagra la libertad de expresión–, observó que si Jorge III hubiera podido estrangular a la prensa de las colonias inglesas en norte América antes de 1776, esos pueblos hubieran continuado siendo miserables colonias, quejándose bajo el yugo extranjero.⁸ Pero probablemente ha sido Alexander Meiklejohn quien ha subrayado con mayor vigor la relación que existe entre el sistema democrático y la libertad de expresión; en su opinión,

(L)a Primera Enmienda (a la Constitución de los Estados Unidos) no protege la libertad de expresión. En realidad, ampara la libertad de aquellas actividades del pensamiento y de la comunicación mediante las cuales nos gobernamos. No se refiere a un derecho privado, sino a un poder público, a una responsabilidad de gobierno... La libertad que la Primera Enmienda protege no es, pues, la ausencia de regulación. Es la presencia del autogobierno.⁹

A juicio de Meiklejohn, la garantía de la libertad de expresión no fue diseñada para la protección de los aristócratas de la intelectualidad, que se interesan en el conocimiento por mera diversión, y que buscan la verdad como una mera curiosidad intelectual, por el placer individual, o por el simple orgullo de un logro intelectual; según Meiklejohn, ella tiene el propósito de despejar el camino para el pensamiento que sirve al interés general, y ofrece una defensa para aquellos que incitan a la acción colectiva en procura del bien común. Es en defensa de aquellos que abogan por el interés público que la libertad de expresión nos indica que cada idea debe ser considerada, independientemente de los peligros que ella pueda involucrar. En consecuencia, no hay ninguna diferencia entre abogar a favor de la conscripción militar u oponerse a ella; hablar a favor o en contra de la guerra; defender la democracia o atacarla; sugerir un proyecto económico comunista o criticarlo; en su opinión, en la medida en que se trate de mensajes que involucran una participación en la discusión de asuntos de interés colectivo y en la formación de las políticas públicas, la libertad de expresión no puede ser coartada, porque ella es el postulado básico de una sociedad gobernada por el voto de sus ciudadanos.¹⁰

En una sociedad democrática, el debate libre y abierto debe ser el cauce normal a través del cual, en un diálogo fluido, se expresen los puntos de vista de las mayorías y de las minorías, cuya composición depende de la propia dinámica del

⁸ Cfr. Elliot, *Debates on the Federal Constitution*, vol. 4, p. 571.

⁹ “*The First Amendment is an absolute*”, en *The Supreme Court Review*, 1961, pp. 253 y 255.

¹⁰ Cfr. Free speech and its relation to self-government, pp. 45-46 (1948), citado por el juez William Douglas, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en su opinión disidente en *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Commission on Human Relations et al.*, 413 U.S. 376 (1973).

debate. Es precisamente ese debate el que proporciona un mecanismo de control del ejercicio transparente del poder y, al mismo tiempo, una válvula de seguridad para el descontento y para las tensiones que puedan generarse dentro de una sociedad. Según Louis Brandeis, siendo juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, es peligroso coartar el pensamiento, la esperanza y la imaginación, porque el temor alimenta la represión, la represión estimula el odio, el odio amenaza la estabilidad de las instituciones, y porque la seguridad descansa en la oportunidad de discutir libremente los supuestos agravios y los remedios propuestos.¹¹

En opinión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, “la vitalidad de las instituciones civiles y políticas de nuestra sociedad depende de la libre discusión.”¹² Sin embargo, al resaltar el papel que le corresponde a la libertad de expresión en la preservación de las instituciones políticas en una sociedad democrática, la Corte ha sido especialmente cuidadosa en señalar que los mensajes de naturaleza política no se reducen solamente a las comunicaciones serias y bien articuladas, pues los mensajes humorísticos, una caricatura satírica, o una parodia, pueden ser muy efectivos para comunicar ideas y opiniones igualmente serias, y que, en lo que se refiere a esta garantía constitucional, la línea entre el mensaje que informa y el que entretiene es demasiado borrosa.¹³

El Tribunal Constitucional español ha atribuido a la prensa —entendida en su más amplia acepción, abarcando todos los medios de comunicación social— una *función constitucional*, por formar parte del sistema de frenos y contrapesos en que consiste la democracia, según dijeron en 1812 las Cortes de Cádiz, para prevenir la arbitrariedad de quienes nos gobiernan.¹⁴ En opinión de este alto tribunal, la libertad de expresión se configura como un derecho fundamental, con un marcado talante instrumental, pues su función es garantizar la existencia de una opinión pública también libre, lo cual es indispensable para la efectiva consecución del pluralismo político, como valor esencial del sistema democrático.¹⁵ Esta especial posición que ocupa la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico, en razón de su doble carácter de libertad individual y de garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública informada, está indisolublemente ligada al pluralismo político propio del Estado democrático.¹⁶ Efectivamente, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “la formación de una

¹¹ Cfr. su voto concurrente en *Whitney v. People of State of California*, 274 U.S. 357 (1927).

¹² *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949).

¹³ Cfr. *Winters v. New York*, 333 U.S. 507 (1948). Cfr., también, *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988).

¹⁴ Cfr. la sentencia N° 176/1995, del 11 de diciembre de 1995, recaída en el recurso de amparo N° 1421/1992, y publicada en el Boletín Oficial del Estado del 12 de enero de 1996, N° 11 (suplemento).

¹⁵ Cfr. *ibidem*.

¹⁶ Cfr. la sentencia N° 132/1995, del 11 de septiembre de 1995, recaída en el recurso de amparo N° 923/1993, y publicada en el Boletín Oficial del Estado del 14 de octubre de 1995, N° 246 (suplemento).

opinión pública libre aparece como una condición para el ejercicio de derechos inherentes a un sistema democrático, por lo que el derecho a la información no sólo protege un interés individual, sino que entraña el reconocimiento y garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político.¹⁷

Sin libertad de expresión, manifestada a través de los medios de comunicación social, la posibilidad de desarrollar y cristalizar una opinión pública, y de permitir que ésta llegue a pesar sobre los órganos del Estado, sería virtualmente ineficaz. Cuando la administración del Estado se ha vuelto demasiado compleja y las oportunidades para las fechorías y actos de corrupción se han multiplicado, el riesgo de que pueda haber funcionarios públicos indignos de la confianza pública enfatiza la necesidad de contar con unos medios de comunicación social vigilantes y valientes, que puedan informar sin censura sobre los asuntos de interés público. En el caso de *'los papeles del Pentágono'*, la Corte Suprema de los Estados Unidos también atribuyó a la prensa una función constitucional. De acuerdo con el juez Black, los redactores de la Primera Enmienda a la Constitución, relativa a la libertad de expresión, le confirieron a la prensa la protección que debía tener para cumplir su función esencial en una democracia. En su opinión, la función de la prensa es servir a los gobernados y no a los gobernantes; es por ello que la censura de prensa fue abolida para preservar a los medios de comunicación de la censura gubernamental y permitirles que pudieran desnudar los secretos del gobierno e informar a la ciudadanía. Para Black, la responsabilidad fundamental de una prensa libre es evitar que cualquier poder público pueda engañar a los ciudadanos, enviándolos a morir de fiebre en tierras extrañas, o a ser víctimas de las balas enemigas.¹⁸ De manera semejante, los jueces Stewart y White observaron que, en ausencia de ese sistema de frenos y contrapesos existente en otras áreas de la vida nacional, el único mecanismo efectivo para controlar la política del poder ejecutivo en el ámbito de la defensa nacional y de la política exterior es una opinión pública informada, que es la única que puede proteger los valores del sistema democrático; por tal razón, una prensa libre y alerta sirve a los propósitos de la Primera Enmienda, porque sin una prensa libre e informada no puede haber una opinión pública ilustrada.¹⁹

Por otra parte, para la Corte Europea de Derechos Humanos, en el marco del Art. 10 de la Convención Europea hay poco espacio para restringir la difusión de mensajes de contenido político en cuestiones de interés público, y que los límites de la crítica aceptable son más amplios respecto de un político actuando en su capacidad oficial que en relación con un individuo particular;²⁰ además, el tribunal

¹⁷ Sentencia N° 78/1995, del 22 de mayo de 1995, recaída en el recurso de amparo N° 3694/1993, y publicada en el Boletín Oficial del Estado del 21 de junio de 1995, N° 147 (suplemento).

¹⁸ Cfr. *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

¹⁹ Cfr. su opinión concurrente en *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

²⁰ Cfr., por ejemplo, European Court of Human Rights, Former Third Section, *Case of Unabhängige Initiative Informationsvielfalt v. Austria*, sentencia del 26 de febrero de 2002, párrafo 36.

européo ha señalado reiteradamente que esta libertad es aplicable no solamente a las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas, o que son consideradas como inofensivas o indiferentes, sino que también a aquellas que ofenden, desagradan, o molestan al Estado o a un sector de la población; en su opinión, tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y la amplitud mental, sin las cuales no puede haber una sociedad democrática.²¹ Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse.”²²

El debilitamiento de la libertad de expresión es una clara indicación del debilitamiento de la democracia, pues ésta supone una pluralidad de opiniones e ideas, y un clima de tolerancia que haga posible el libre flujo de las mismas; desde luego, ese clima de respeto no se extiende solamente a las opiniones más ortodoxas, sino que, sobre todo, a aquellas que no son compartidas por la mayoría, y que, incluso, pueden parecerle repudiables. Esa es una de las reglas de la convivencia. De manera que la democracia, que forma parte de la cultura política de nuestro tiempo, es una noción que no puede prescindir de la libertad de expresión.

II. EL MARCO NORMATIVO

El artículo 57 de la Constitución de 1999 dispone que:

“Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades.”

A la vez, el artículo 58 de la misma Constitución agrega que:

“La comunicación es libre y plural, y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de

Cfr., también, European Court of Human Rights, *Case of Sürek v. Turkey (Nº 1)*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 61.

²¹ Cfr., por ejemplo, European Court of Human Rights, *Case of Müller and others*, sentencia del 24 de mayo de 1988, párrafo 33.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Colegiación obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, párrafo 69.

esta Constitución, así como el derecho de réplica y rectificación cuando se vean afectados directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral.”

Además, se recuerda que, de acuerdo con el artículo 234 de la Constitución de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones suscritos y ratificados por Venezuela tienen jerarquía constitucional, y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público. En este sentido, se recuerda que, según el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,²³

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección

²³ Ratificada por Venezuela el 9 de agosto de 1977. Denunciada por Venezuela el 10 de septiembre de 2012, con efecto -en los términos del artículo 78 de la misma Convención- a partir del 10 de septiembre de 2013. Sin embargo, se observa que, al ser un tratado con jerarquía constitucional, según el artículo 23 de la Constitución de Venezuela, su denuncia implicaría una reforma constitucional, sujeta a los trámites previstos en los artículos 342 y siguientes de la Constitución, los cuales no se habrían cumplido. Además, el artículo 339 de la Constitución hace mención expresa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles, que son los únicos dos tratados internacionales mencionados por la Constitución de Venezuela. Esa circunstancia indica que, al interpretar la Constitución, los estándares de la libertad de expresión deben tener en cuenta los previstos en dichos tratados.

moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Adicionalmente, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁴ indica que:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Además, el artículo 20 del mismo Pacto expresa que:

1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.

2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

Dichas reglas son las que regulan el ejercicio de la libertad de expresión en Venezuela. Si los artículos 57 y 58 de la Constitución no fueran suficientemente amplios, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 23 del texto constitucional, habrá que aplicar los tratados internacionales, en la medida en que sean más favorables a la referida Constitución o a las leyes de la República. Incluso, en el caso que se diera por válida la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual es expresamente mencionada por el artículo 339 de la Constitución, habrá que asumir que sus disposiciones sustantivas siguen siendo parte de la Constitución y, por lo tanto, determinan el contenido de la garantía constitucional de la libertad de expresión.

²⁴ Ratificado por Venezuela el 10 de mayo de 1978.

III. EL VACIAMIENTO PROGRESIVO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN VENEZUELA

El efecto más notable de la libertad de expresión es que pone freno a la autoridad del Estado y la somete al escrutinio público. Precisamente por eso, desde hace más de dos décadas y desde diversos frentes, valiéndose del poder legislativo, del poder judicial, de la propia administración, o de bandas armadas que agreden a los periodistas, atacan manifestaciones estudiantiles o intimidan a la población en general, el régimen venezolano se ha empeñado en dismantelar nuestro sistema de libertades y en vaciar de contenido la garantía constitucional de la libertad de expresión.

Desde el primer momento, la llegada de Hugo Chávez al poder estuvo marcada por el propósito de anular la garantía constitucional de la libertad de expresión. Una de sus primeras acciones fue no renovar la concesión de Radio Caracas Televisión²⁵ y de decenas de radioemisoras. Si bien es cierto que esas concesiones habían vencido, también lo es que no había ningún motivo para no renovarlas. Claramente, se trató de una represalia por mantener una línea editorial crítica con el gobierno que entonces comenzaba. Antes del cierre de Radio Caracas Televisión, las protestas callejeras en contra de esta medida por parte de periodistas, reporteros, camarógrafos, y simples ciudadanos, fueron reprimidas violentamente, como consta en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Ríos y otros vs. Venezuela²⁶ y Perozo y otros vs. Venezuela.²⁷

En los últimos veintidós años, utilizando la misma técnica que se emplea para acabar con un salami, comiéndolo rebanada tras rebanada, el régimen venezolano ha ido recortando progresivamente la garantía constitucional de nuestra libertad de expresión, hasta dejarla reducida a una cascara vacía. Ya no se trata solamente del cierre de una planta teledifusora o de algunas decenas de radioemisoras, de algún periódico que cambió de manos, para pasar a estar controlado por los que mandan, o de la confiscación de los equipos de una planta teledifusora para entregárselos a quienes van a transmitir un mensaje condescendiente con el régimen. La Ley Orgánica de Telecomunicaciones,²⁸ la Ley de Responsabilidad social en la Radio y la Televisión, el Código Penal, o la ley del odio, entre otras, determinan qué podemos decir, y cuáles son las penas en que podemos incurrir en caso de no atenernos a lo que allí está pautado. CONATEL, además de elegir el contenido de los programas de televisión o de radio, que estamos autorizados

²⁵ Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

²⁶ Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009.

²⁷ Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009

²⁸ Del 1 de junio del año 2000. Sustituida por una nueva Ley Orgánica de Telecomunicaciones, del 7 de febrero de 2011.

para ver, o escuchar, impone a los canales de radio y televisión la obligación de difundir determinados mensajes -no necesariamente de interés público-, que imponen una carga económica al medio de difusión encargado de transmitirlos, y que obligan a la audiencia a escuchar mensajes no deseados, con una fuerte carga de propaganda política. Desde que el visitante llega al aeropuerto de Maiquetía, lo recibe un inmenso cartel expresando que “*Aquí no se habla mal de Chávez*”. Además de controlar el contenido de la información que se pueda difundir a través de los medios de comunicación social, en Venezuela ya no se puede comprar un periódico impreso, ya no hay ninguna planta televisora independiente del gobierno, no hay periodismo crítico, hay portales de internet que están bloqueados y a los que el venezolano no puede tener acceso, y -por si fuera poco- hay un control estricto de las redes sociales. A continuación, algunos de los episodios que han marcado ese proceso.

1. Los recortes legales

Además de desempolvar los delitos de vilipendio que ya formaban parte del Código Penal, pero cuya aplicación había quedado en desuso, rápidamente, el régimen comenzó a dictar leyes que restringían el ejercicio de la libertad de expresión, en abierta violación de lo dispuesto por la Constitución nacional y por los tratados de derechos humanos válidamente celebrados por la República. En estas líneas me referiré sólo a tres: i) la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, ii) la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y iii) la Ley contra el odio, por la convivencia pacífica y la tolerancia, más comúnmente conocida como “*ley del odio*”.

i. La Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión: Esta ley, aprobada inicialmente el 7 de diciembre de 2004, con sucesivas reformas, una de diciembre de 2010 para controlar el uso de internet y de las redes sociales -a partir de la cual se denomina *Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos*-, es una ley que regula el contenido de las informaciones y opiniones que se pueden difundir a través de esos medios. La citada ley coloca a la libertad de expresión en un segundo plano, enfatizando “las responsabilidades que acarrea el ejercicio” de la misma (artículo 3, párrafo 2), y el respeto al “honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación” (artículo 3, párrafo 3). De esta forma, se disminuye el papel de la libertad de expresión como herramienta del proceso político, se desconoce su carácter preferente frente a otros derechos, y se pasa por alto que, en los términos del artículo 337 de la Constitución, el derecho a la información no se puede restringir ni aún en estados de excepción.

Entre sus objetivos se menciona la necesidad de promover el equilibrio entre deberes y derechos (artículo 3, párrafo 6), y procurar la difusión de los valores de la cultura venezolana (artículo 3, párrafo 7). Se obliga a los prestadores de servicios de radio y televisión a difundir la música y letra del himno nacional al menos dos veces al día (artículo 4).

La ley contempla distintas modalidades de acceso “del Estado” a espacios gratuitos y obligatorios en los servicios de radio y televisión, incluyendo alocuciones oficiales, sin restricción de tiempo, y mensajes “culturales, educativos, informativos o preventivos de servicio público”, por hasta setenta minutos semanales (artículo 10).

En la programación de los servicios de radio y televisión se requiere un mínimo de 70% de producción nacional, de productores nacionales independientes, entendiéndose por éstos aquellos que estén inscritos en un registro que llevará la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), y cumpliendo con varios requisitos, incluyendo el “poseer experiencia o demostrar capacidad para realizar producciones nacionales de calidad”; el órgano rector emitirá una certificación a los productores nacionales independientes, la cual tendrá una vigencia de dos años y podrá ser revocada (artículo 13).

Los prestadores de servicios de radio y televisión deberán difundir -durante el horario reservado para todo usuario, entre las 7.00 am y las 7.00 pm- tres horas diarias de programas culturales y educativos, informativos o de opinión y recreativos dirigidos especialmente a niños y adolescentes, con enfoque pedagógico y de la más alta calidad, debiendo privilegiar la incorporación de adolescentes como personal artístico o en su creación o producción (artículo 14, primer párrafo). Además, los prestadores de servicios de radio y televisión deberán difundir diariamente, durante el horario todo usuario, un mínimo de siete horas de programas de producción nacional, de las cuales un mínimo de cuatro horas será de producción nacional independiente; igualmente, deberán difundir diariamente, durante el horario supervisado (entre las 5.00 am y las 7.00 am, y entre las 7.00 pm y las 11.00 pm), un mínimo de tres horas de programas de producción nacional, de los cuales un mínimo de una hora y media será de producción nacional independiente (artículo 14, segundo párrafo). En su afán por decidir qué es lo que los ciudadanos pueden ver o escuchar, entre otras cosas, se sanciona con multa la difusión de más de dos horas de radionovelas o telenovelas en los horarios todo para todo usuario y supervisado respectivamente (artículo 28.3, literal d).

Salvo las obligaciones derivadas de tratados ratificados por Venezuela, el 100% de la propaganda difundida por los prestadores de servicios de radio y televisión deberá ser de producción nacional (artículo 14, sexto párrafo).

Durante el horario reservados para todo usuario y el horario supervisado, los servicios de radio y televisión que difundan obras musicales deberán dedicar al menos el 50% de su programación musical diaria a obras musicales venezolanas; ese porcentaje se aumentará a no menos del 75% en los estados y municipios fronterizos del territorio nacional (artículo 14, séptimo y octavo párrafos), sin perjuicio de exigirse un mínimo de 50% de obras musicales “de tradición venezolana”, en los términos en que ésta es entendida por el legislador (artículo 14, noveno párrafo).

Para retransmitir mensajes de otros prestadores de servicio de radio y televisión, se requiere autorización previa de la Comisión Nacional de Telecomu-

nicaciones (CONATEL). Dichas retransmisiones nunca se considerarán como producción nacional o producción nacional independiente, y no podrán exceder el 30% de la difusión semanal (artículo 14, último párrafo).

Como si las regulaciones anteriores no fueran suficientes, según la ley que comentamos, se crean comisiones de programación de televisión y radio, con la función de establecer los mecanismos y las condiciones de asignación de los espacios a los productores nacionales independientes. Los prestadores de servicios de radio y televisión están obligados a presentar un informe mensual, en el que se detallen los programas de producción nacional, producción nacional independiente, tiempos y porcentajes de las referidas programaciones (artículo 15).

De acuerdo con esta ley, en los servicios de radio, televisión “y medios electrónicos”, no está permitida, entre otras cosas, la difusión de mensajes que hagan apología del delito, “fomenten zozobra en la ciudadanía o alteren el orden público”, “desconozcan a las autoridades legítimamente constituidas”, o “inciten o promuevan el incumplimiento del ordenamiento jurídico vigente”, (artículo 27, numerales 2, 4, 5, y 7). Según la ley, los proveedores de medios electrónicos deben establecer mecanismos que permitan restringir, sin dilaciones -o sea, censurar-, la difusión de mensajes divulgados que correspondan a alguna de esas prohibiciones. Además, se hace responsables a los proveedores de medios electrónicos por la información y contenidos prohibidos a que se refiere el artículo 27, convirtiéndolos en censores de la información o las ideas de otros, sancionándolos con fuertes multas, no obstante que dichos proveedores se limitan a ser el canal para la difusión de esas ideas e informaciones. Este tipo de infracciones se sancionarán con multa de hasta el 10% de los ingresos brutos causados en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior a aquel en el que se cometió la infracción, y/o la suspensión, hasta por 72 horas continuas de las transmisiones (artículo 29.1), o con la revocatoria de la habilitación y concesión para operar, en caso de reincidencia, o de mensajes que sean “contrarios a la seguridad de la Nación” (artículo 29.2). Así, se blindó contra la crítica política a un régimen político que, de esta forma, deslegitima su autoridad. Adicionalmente, de acuerdo con esta ley, para efectos probatorios, la Consultoría Jurídica de CONATEL podrá, entre otras medidas, solicitar, tanto a los órganos públicos como privados, o a los particulares, información o documentación relevante respecto a las personas interesadas, “siempre que la información de la cual disponga no hubiere sido declarada *confidencial* o *secreta*” (artículo 32.4), impidiendo así el derecho de defensa, y despojando de valor a la garantía de la libertad de expresión e información.

Respecto de la apología del delito, conviene recordar la distinción hecha por los penalistas entre los delitos *mala in se* y los delitos *mala in quia prohibita*. No es lo mismo hacer apología de la tortura o del asesinato, que en sí mismos constituyen un disvalor, que hacer la apología de actos que están tipificados como delitos simplemente porque la ley lo dice. Lo que la ley manda o permite no siempre es bueno, del mismo modo que lo que la ley prohíbe no siempre es malo. ¿Por qué no poder cuestionar y debatir sobre el contenido o la conveniencia de determina-

das leyes? Según Fustel de Coulanges, la ley ateniense no permitía al ciudadano el permanecer neutral, y le obligaba a combatir por uno u otro bando; contra aquel que deseaba permanecer alejado de las facciones y mostrarse tranquilo, la ley lo castigaba con la pérdida del derecho de ciudad.²⁹ Anticipándose a las leyes de Núremberg, en Esparta, las leyes de eugenesia -atribuidas a Licurgo- consideraban que los niños que nacían con una tara o rasgos monstruosos debían ser arrojados a las *apotetas* desde el monte Taigeto.³⁰ Si el *apartheid*, en Sudáfrica, o la segregación racial en los estados del sur de los Estados Unidos, no hubieran sido resistidas, esas leyes aún estarían vigentes. Así como es un despropósito pretender que los judíos hubieran marchado sumisamente a las cámaras de gas, también lo es que ciudadanos libres no puedan objetar el contenido de las leyes, e incluso resistirse a su ejecución. ¿Por qué la ley tendría que mandar en nuestros sentimientos naturales? Lo obediencia puede ser muy importante en un ejército, que está hecho para ser mandado, pero no entre ciudadanos libres, que están hechos para debatir sobre el tipo de sociedad en que quieren vivir. En particular, no es razonable, y es incompatible con la garantía constitucional de la libertad de expresión, sancionar como delito la defensa de los derechos humanos, la difusión de ideas e informaciones de interés público, la protesta pacífica, o la crítica política. Incluso Platón, un temprano teórico del totalitarismo, advertía del peligro de que los perros guardianes -que deberían cuidar al rebaño- ya sea por hambre o por otro vicio, se convirtieran en lobos y fueran ellos mismos quienes le atacaran; por eso, a pesar de su falta de compromiso con la democracia, sugería que hay que procurar que los guerreros no hagan lo mismo respecto de sus conciudadanos, ya que, abusando de la fuerza, se convierten en salvajes tiranos.³¹

Para el legislador, da lo mismo que el artículo 57 de la Constitución garantice el derecho a expresarse libremente, y sin censura; tampoco se tiene en cuenta el carácter subjetivo de la “zozobra”, o la circunstancia de que ésta pueda ser ocasionada por el hecho noticioso -o por el hecho que origina nuestras opiniones- y no por la información u opinión referida a ese hecho. Por ejemplo, la causante de la zozobra en la ciudadanía no es la divulgación de las estadísticas sobre homicidios, sino la circunstancia de que no haya políticas eficaces para combatir el delito; por consiguiente, en vez de censurar al que proporciona dicha información, habría que ocuparse de garantizar la seguridad de los ciudadanos. Lo mismo podría decirse de la información u opinión sobre la falta de suministro de agua potable, de la impunidad de quienes cometen actos de corrupción administrativa,

²⁹ Cfr. Fustel de Coulanges, *La Ciudad Antigua: Estudio sobre el Culto, el Derecho y las Instituciones de Grecia y Roma* (Título original: *La Cité Antique: Étude sur le Culte, le Droit, les Institutions de la Grèce et de Rome*, Librairie Hachette, París, 1864), versión castellana de Editorial Porrúa, con estudio preliminar de Daniel Moreno, México, 1980, p. 171.

³⁰ Cfr. Plutarco, *Vidas paralelas*, tomo I, p. 116.

³¹ Cfr. Platón, *La República, La República o el Estado*, versión establecida a la vista de los textos más autorizados, con prólogo de Enrique Palau, Editorial Iberia, S. A., Barcelona, 1966, Libro Tercero, VI, 2, p. 115.

de la cantidad de personas detenidas por motivos políticos, de la falta de vacunas para prevenir enfermedades como el coronavirus, o del deterioro de los servicios de salud pública, que son la verdadera causa de la zozobra en la ciudadanía. Pero la ley prefiere que, incluso en violación de la garantía constitucional de la libertad de expresión, se mantenga a la población en la ignorancia de los peligros que le acechan.

En el mismo sentido, puede que esté bien que se prohíba las expresiones que fomenten alteraciones del orden público, pero a condición de que éste sea un orden público legítimo, y a condición de que una invitación a protestar o a manifestarse en las calles no se confunda con el fomento de alteraciones del orden público; el derecho a manifestar es una forma de expresión y es un derecho constitucionalmente protegido, que no puede coartarse con el pretexto de preservar el orden público, lo cual, en todo caso, sólo puede hacerse en la medida estrictamente requerida por las necesidades de una sociedad democrática. Pero, con la ley que comentamos, el régimen venezolano pretende colocar la carreta delante de los bueyes.

Las otras dos prohibiciones que menciona la ley -desconocer a las autoridades legítimamente constituidas e incitar o promover el incumplimiento del ordenamiento jurídico vigente- chocan con lo dispuesto por el artículo 350 de la Constitución, según el cual se reconoce el derecho a *desconocer* “*cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticas o menoscabe los derechos humanos.*” En todo caso, el *permiso* para protestar, que confiere el artículo 350 de la Constitución, resulta innecesario en una sociedad democrática; no alzamos nuestra voz porque lo permita la Constitución; la garantía constitucional de la libertad de expresión es suficiente para buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, incluyendo el cuestionamiento de las leyes o de la autoridad pública, cuando se considera que éstas han traspasado los límites tolerables en una sociedad democrática, o cuando se han menoscabado los derechos y libertades individuales. Desde luego, quien desconoce la autoridad de un tirano lo hace a su propio riesgo; pero, para el legislador venezolano, no se podía, por ejemplo, promover el incumplimiento de las leyes raciales del III Reich.

ii. La Ley Orgánica de Telecomunicaciones. La Ley Orgánica de Telecomunicaciones, del 1 de junio del año 2000, reformada parcialmente el 20 de diciembre de 2010, tiene por objeto establecer el marco legal de regulación general de las telecomunicaciones, “a fin de garantizar el derecho humano de las personas a la comunicación y a la realización de las actividades económicas de telecomunicaciones necesarias para lograrlo, sin más limitaciones que las derivadas de las leyes y de la Constitución de la República”, con exclusión de la regulación del contenido de las transmisiones y comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones (artículo 1). Sin embargo, en la disposición siguiente -el artículo 2.1- se menciona, entre los objetivos generales de esta ley, “defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los

servicios de telecomunicaciones, en adecuadas condiciones de calidad, y salvaguardar, en la prestación de estos, la vigencia de los derechos constitucionales, en particular el del respeto a los derechos al honor, a la intimidad, al secreto en las comunicaciones y el de la protección a la juventud y la infancia. A estos efectos, podrán imponerse obligaciones a los operadores de los servicios para la garantía de estos derechos.” No hay ninguna referencia a la garantía constitucional de la libertad de expresión, a su naturaleza preferente frente a otros derechos, al papel que le corresponde como herramienta del proceso político, a la prohibición de la censura, o a la circunstancia de que la libertad de expresión no se puede restringir ni aún en caso de estados de excepción.

Para los efectos de esta ley, se entiende por telecomunicaciones toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos, u otros medios electromagnéticos afines, “inventados o por inventarse” (artículo 4, primer párrafo).

El establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones y la prestación de servicios de telecomunicaciones, entre ellos, radio, televisión y producción nacional audiovisual, se declaran servicio de interés público, por lo que requieren una habilitación administrativa, concesión o permiso (artículo 5). De acuerdo con la ley, el espectro radioeléctrico es un bien de dominio público de la República, para cuyo uso y explotación debe contarse con la debida concesión (artículo 7), que no podrá exceder de quince años (artículos 21 y 73), y que podrá ser suspendida o revocada cuando el órgano competente lo juzgue conveniente a los intereses de la Nación, o cuando así lo exigiere el orden público o la seguridad nacional (artículo 22). Sin embargo, no se otorgará la concesión del espectro radioeléctrico a quienes, a pesar de haber sido escogidos para ello de conformidad con la ley, “cuando surjan graves circunstancias atinentes a la seguridad del Estado que, a juicio del Presidente o Presidenta de la República, hagan inconveniente su otorgamiento” (artículo 107.5). Además, por su condición de servicio e interés público, *el contenido de las transmisiones o comunicaciones* cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones, entre ellos, radio, televisión y producción nacional audiovisual, podrán someterse a “las limitaciones y restricciones que por razones de interés público establezca la ley y la Constitución de la República” (artículo 5). Se observa que, en este aspecto, la Constitución en vigor no contempla ningún tipo de limitaciones o restricciones y, por el contrario, señala, en su artículo 57, que “toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura.”

De acuerdo con la Segunda Disposición Final de esta ley, el Presidente de la República, directamente o a través de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, podrá ordenar a los operadores que presten servicios de televisión por suscripción y a las empresas de radiodifusión sonora y televisión abierta, la trans-

misión gratuita de mensajes o alocuciones oficiales de la presidencia o vicepresidencia de la República, o de los ministros. Se observa que, para la transmisión de sus mensajes oficiales, el Estado dispone de radioemisoras, como Radio Nacional de Venezuela, la televisora estatal Venezolana de Televisión, e innumerables radioemisoras y televisoras controladas por el Estado, incluyendo TVES, VIVE, y Telesur, sin mencionar aquellas otras que son cercanas al régimen y que están a su servicio. Aun así, invocando la disposición antes citada, el gobierno hace uso y abuso de las cadenas de radio y televisión, sin que lo justifique alguno de los fines legítimos referidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,³² y no necesariamente para transmitir mensajes oficiales, sino para actos de propaganda política o para transmitir mensajes ideológicos. Estas transmisiones gratuitas, realizadas sin límite de tiempo, impiden que las radioemisoras o teledifusoras puedan transmitir otras ideas o informaciones, sino que obligan a la audiencia a escuchar un mensaje que no le interesa, o a optar por apagar la radio o la televisión. Por esa vía, después de haber logrado la anunciada “hegemonía comunicacional”, se ha cercenado aún más la libertad de buscar y recibir informaciones e ideas de toda índole. Sin siquiera pronunciarse sobre si el contenido de la información a difundir era de interés público, o sobre la constitucionalidad de la disposición legal impugnada,³³ con los datos aportados por los recurrentes, que indicaban que -en los últimos siete años- el “Ejecutivo Nacional” había hecho uso de las cadenas por setecientas setenta y siete horas, ocho minutos y cuarenta y dos segundos, lo que equivalía a 32 días de transmisiones obligatorias, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no le pareció desproporcionado -ni arbitrario- el que, cada 3,2 días, se haya impuesto a los operadores del sector de las telecomunicaciones la transmisión obligatoria de mensajes del gobierno, por espacio de una hora.³⁴ Esta vez, con ponencia de Francisco Carrasquero, la Sala Constitucional sostuvo que “valores esenciales como libertad y regulación económica, se encuentran en la base del sistema político instaurado, sin que ninguno pueda erigirse como un valor absoluto, propenso a avasallar a cualquier otro que se le interponga. Antes bien, se impone la máxima del equilibrio según la cual, los valores están llamados a convivir armoniosamente, mediante la producción de mutuas concesiones y ello implica, que las exigencias de cada uno de ellos, no sean asumidas con carácter

³² Dichos instrumentos internacionales mencionan que la libertad de expresión se podrá restringir, mediante la ley, cuando sea necesario asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.

³³ En este caso se trataba del artículo 192 de la anterior Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que contenía la norma de las cadenas de radio y televisión obligatorias, y que, en lo fundamental, corresponde a la Segunda Disposición Final de la actual Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

³⁴ Cfr. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1.381, del 11 de julio de 2006, recaída en recurso de nulidad conjuntamente con solicitud de amparo cautelar y, subsidiariamente, medida cautelar innominada, interpuesto por Marcel Granier y otro, que tuvo como ponente a Francisco Carrasquero.

rígido o dogmático, sino con la suficiente flexibilidad para posibilitar su concordancia.”³⁵ Confundiendo la naturaleza política de la libertad de expresión con una libertad económica, la sentencia agrega que “la materia de las telecomunicaciones, versa sobre una actividad altamente regulada, que responde al interés general de la materia (artículo 5 de la Ley) y coloca a los operadores bajo un régimen exorbitante de derecho público, donde el Estado ejerce una de sus funciones esenciales como es la regulación económica que se concretiza básicamente y desde el punto de vista normativo, como una emanación del poder de policía que comprime la libertad en el campo económico estableciendo límites a su ejercicio con el fin de equilibrar los derechos de los operadores con el interés público que tiene el Ejecutivo Nacional de ordenar la transmisión de una determinada información que pudiera estar vinculada al interés general. Por tanto, esta Sala encuentra que la supuesta lesión al derecho a la libertad de pensamiento y expresión, en el contexto del ejercicio de la actividad económica de las telecomunicaciones, se encuadra en principio dentro de los niveles de libertad que disfrutaban sus operadores, a las diversas potestades administrativas que implican entre otras actividades, instruir cuando sea necesario, a los medios de telecomunicación, para que ejerzan la difusión de informaciones de interés general, por lo que suspender in limine el artículo impugnado implicaría una importante excepción a la presunción de validez de los actos normativos que producen todos sus efectos desde el momento de su publicación en la Gaceta Oficial de la República”.³⁶ Eso, respecto de la solicitud de amparo cautelar. Respecto de la solicitud de medida cautelar innominada, que pretendía la suspensión temporal de la norma contenida en el artículo 192 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones mientras se tramitaba la solicitud principal referida a la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad de dicha disposición legal, la sentencia expresa que, de acuerdo con los artículos 585 y 588 del *Código de Procedimiento Civil*, debe existir fundado temor de que se causen lesiones graves o de difícil reparación cuyo origen ha de ser la aplicación de la norma impugnada, de manera tal que faltando la prueba de cualquiera de estos elementos, el juez constitucional no podría bajo ningún aspecto decretar la medida preventiva pues, estando vinculada la controversia planteada en sede constitucional con materias de Derecho Público, donde puedan estar en juego intereses generales, el juez debe realizar una ponderación de los intereses en conflicto para que una medida particular no constituya una lesión de intereses generales en un caso concreto.³⁷ En todo caso, la Sala Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, sobre los fines legítimos a que debería responder una cadena obligatoria de radio y televisión, sobre la duración o la frecuencia de esas cadenas, o sobre la alegada violación de la garantía constitucional de la libertad de expresión que suponen esas transmisiones obligatorias.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Cfr. ibidem.

iii. La Ley contra el odio. Supuestamente con rango constitucional, oficialmente llamada Ley Constitucional contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia,³⁸ y más popularmente conocida como la *Ley del odio*, esta ley tiene como pretexto “prevenir y erradicar toda forma de odio, desprecio, hostigamiento, discriminación y violencia, a los fines de asegurar la efectiva vigencia de los derechos humanos, favorecer el desarrollo individual y colectivo de la persona, preservar la paz y la tranquilidad pública y proteger a la Nación.”³⁹ Pero el sentido y propósito de sus disposiciones, al igual que su efecto, es coartar el debate político, en violación de la garantía constitucional de la libertad de expresión. Según el artículo 6, en caso de dudas en la interpretación o aplicación de esta ley, se adoptará la alternativa que brinde mayor protección a los derechos humanos, la paz y la convivencia pacífica. Por consiguiente, el debate político, que suele ser agrio, y que suele implicar denuncias de violaciones de derechos humanos, casos de corrupción y abusos de poder -al no contribuir a la paz y a la convivencia pacífica-, es incompatible con esta ley.

De acuerdo con el artículo 11 de la ley que comentamos, los partidos políticos y organizaciones políticas cuyas declaraciones de principios, actas constitutivas, programas de acción política, estatutos o actividades se funden o promuevan el fascismo, la intolerancia o el odio nacional, racial, étnico, religioso, político, social, ideológico, de género, orientación sexual, identidad de género, expresión de género y de cualquier otra naturaleza que constituya incitación a la discriminación y la violencia no podrán ser inscritos o constituidos ante el Consejo Nacional Electoral, y se revocará la inscripción de aquellos partidos políticos y organizaciones políticas que incumplan lo previsto en esta disposición. Además, se prohíbe facilitar o permitir la constitución o funcionamiento de personas jurídicas de derecho privado, así como de movimientos y organizaciones sociales que incumplan con lo previsto en el este artículo. Por supuesto, ningún partido político venezolano se declara abiertamente fascista, aunque alguno, por sus métodos para conquistar o mantener el poder, o por el desprecio de las reglas del juego democrático, claramente lo sea. Además, la intolerancia, así como los tipos de odio a que hace referencia la ley, al igual que la incitación a la discriminación y la violencia, tienen una fuerte carga subjetiva, que hace que lo que para unos es una manifestación de intolerancia, odio o discriminación, para otros sea, sencillamente, parte del debate político, y el ejercicio de la garantía constitucional a expresar, sin censura, informaciones e ideas de toda índole. Respecto de las personas jurídicas de derecho privado, mucho antes de la promulgación de esta ley ya se venía negando el registro de asociaciones civiles de derechos humanos, de promoción de la democracia, o que mencionaran entre sus objetivos las palabras libertad o Estado de Derecho.

³⁸ Publicada en la Gaceta Oficial N° 41.274, del 8 de noviembre de 2017.

³⁹ Artículo 1 de la citada Ley.

En los términos del artículo 12 de la ley que comentamos, los prestadores de servicio de radio, televisión, medios impresos, públicos, privados y comunitarios, están obligados a difundir mensajes dirigidos a la promoción de la paz, la tolerancia, la igualdad, el respeto y la diversidad. A tal efecto, el Estado podrá ordenarles a los prestadores de tales servicios la difusión de dichos mensajes por un tiempo de treinta minutos semanales. De acuerdo con la ley, en la difusión de estos mensajes “se otorgará prioridad a aquellos producidos por productores nacionales independientes y organizaciones y movimientos sociales del Poder Popular.”

El artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al igual que el artículo 13.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponen que estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. Estas disposiciones tienen que interpretarse de manera compatible con la garantía de la libertad de expresión, que es un derecho preferente, que cumple una función política, y que sólo se puede restringir con los fines legítimos específicamente señalados en esos tratados, cuando sea estrictamente necesario en una sociedad democrática. Sin embargo, a partir de allí, el artículo 13 de la Ley contra el odio prohíbe

“toda propaganda y mensajes a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial, étnico, religioso, político, social, ideológico, de género, orientación sexual, identidad de género, expresión de género y de cualquier otra naturaleza que constituya incitación a la discriminación, la intolerancia o la violencia.”

Al extender esa prohibición a lo que se señala como apología del odio *político, social o ideológico*, se está yendo más allá de los límites razonables que los tratados internacionales de derechos humanos habían considerado como formas de expresión no protegidas por la garantía de la libertad de expresión, por ser contrarias a la dignidad humana. Si hay algo que protege la libertad de expresión es, precisamente, el debate político franco y abierto; eso incluye el debate sobre las tensiones sociales que nos afligen y, desde luego, las controversias ideológicas, que son las que nos permiten escoger entre distintos modelos de sociedad. Coartar ese debate, aunque sea con el pretexto de impedir los mensajes de odio, sólo tiene el efecto de recortar aun más la garantía constitucional de la libertad de expresión, disminuyendo el tipo de ideas e informaciones que quisiéramos transmitir. En su delirio, y en su afán de blindar al régimen frente a la crítica política, los redactores de esta ley han traspasado las fronteras de la sensatez, prohibiendo incluso la confrontación de las ideologías; la ley condena, con razón, la apología del fascismo, pero pretende soslayar las distintas formas que éste puede asumir, y cortar el debate sobre otras ideologías no menos perversas o funestas. Aun asumiendo que la letra de la ley no sea del todo inapropiada, lo cierto es que la aplicación de la misma, como instrumento para perseguir y castigar a quienes disienten del proyecto político chavista, no deja dudas en cuanto al propósito último de esta ley, que es incompatible con la garantía constitucional de la libertad

de expresión. Con toda la prudencia de Primo Levi para describir -sin rencor- las atrocidades del nazismo, sus libros podrían ser calificados como una apología del odio político o religioso, del mismo modo que, con todo lo que significa como símbolo de la libertad y con toda la belleza musical de La Marsellesa, cantando en contra de la sangre impura que alimentaba los surcos de Francia, y clamando en contra del oprobio que los tiranos -con sus planes parricidas- representaban para todos los partidos, su letra podría ser prohibida por esta ley, como una manifestación de odio político o social.

El artículo 14 de la ley que comentamos extiende la prohibición anterior a las redes sociales, y dispone que las personas jurídicas que administran las redes sociales y los medios electrónicos tienen la obligación de retirar inmediatamente cualquier propaganda o mensaje que la contravenga. Nuestras observaciones son las mismas que ya hicimos en el párrafo anterior; pero, además, debe agregarse que nuestro correo electrónico -y algunas de las redes sociales en las que participamos- no son una plaza pública, sino el lugar de encuentro de quienes comparten una misma visión de los problemas sociales y políticos. ¿Por qué el Estado debería interferir en ese tipo de manifestaciones que, por lo demás, son privadas?

Mediante esta ley, se crea una Comisión para la Promoción y Garantía de la Convivencia Pacífica, encargada de velar por la tolerancia, la diversidad, la paz y la tranquilidad pública, y de erradicar toda forma de violencia, odio e intolerancia (artículos 16 y 17). Pero la tolerancia no es un valor que se imponga por mandato legal; más bien, con el pretexto de garantizar la tolerancia y la tranquilidad pública, suena a que lo que se pretende -como ha quedado demostrado en la práctica- es imponer un pensamiento único, acallando las voces disidentes, condenando la crítica política y evitando las protestas sociales, que son inherentes a la democracia. Si realmente se quisiera “garantizar la convivencia pacífica” (artículo 17.5), bastaría que los mensajes oficiales no se empeñaran en dividir a los venezolanos en dos bandos irreconciliables, que no se estigmatizara a la oposición, y que no se alentara a los colectivos armados para disuadir la protesta pacífica.

Pero las disposiciones más relevantes de esta ley son aquellas de carácter punitivo. En este sentido, se tipifica como delito el que públicamente, o mediante cualquier medio apto para su difusión pública, se fomente, promueva o incite al odio, la discriminación o la violencia contra una persona o conjunto de personas, en razón de su pertenencia real o presunta a determinado grupo social, étnico, religioso, político, de orientación sexual, de identidad de género, de expresión de género o cualquier otro motivo discriminatorio, delito que será sancionado con prisión de diez a veinte años, sin perjuicio de la responsabilidad civil y disciplinaria por los daños causados (artículo 20). Además, lo que ya forma parte del tipo penal se convierte en agravante, haciendo que la pena aplicable sea el límite máximo de la pena establecida (artículo 21). En todo caso, fomentar, promover, o incitar al odio, son conceptos demasiado subjetivos, que hacen que el juez deba desplazarse por una línea muy fina para determinar si, en el caso particular, se ha cometido o no el delito de que se trata, debiendo escoger entre la inocencia

o veinte años de prisión. Una pena muy severa para lo que, en la hipótesis más extrema, es un delito de expresión.

El prestador de servicios de radio o televisión que difunda mensajes que constituyan propaganda a favor de la guerra o apología del odio nacional, racial, religioso, político o de cualquier otra naturaleza será sancionado con la revocatoria de la concesión, de conformidad con el procedimiento establecido en la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos. En el caso de la difusión de esos mensajes difundidos a través de las redes sociales y medios electrónicos, si la difusión de dichos mensajes no es retirada dentro de las seis horas siguientes a su publicación, la persona jurídica responsable de la misma será sancionada con multa desde cincuenta mil a cien mil unidades tributarias, dando lugar, también, al bloqueo de los portales, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que hubiere lugar (artículo 22). Se trata, sin duda, de delitos de expresión, que no corresponden, necesariamente, con las expresiones prohibidas por el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos o por el artículo 13.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que, en algunos casos -como la descalificación del adversario político, o la descalificación de las ideologías que no compartimos-, constituyen formas de expresión protegida por la garantía constitucional de la libertad de expresión.

Según el artículo 23 de la ley que comentamos, el prestador de servicio de radio o televisión que incumpla la obligación de ceder los espacios gratuitos destinados a la difusión de mensajes que promuevan la diversidad, la tolerancia y el respeto recíproco, así como para prevenir y erradicar toda forma de violencia política, odio e intolerancia, serán sancionados con multa desde el tres hasta el cuatro por ciento de los ingresos brutos causados en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior a aquél en el cual se cometió la infracción, de conformidad con el procedimiento establecido en la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos. De nuevo, se obliga a los prestadores de servicios de radio y televisión a ceder sus espacios para mensajes que deberían ser difundidos por el Estado, a través de sus muchos medios de comunicación social, y que incluso podrían estar redactados de una manera sesgada, con una carga política e ideológica distinta a los propósitos de la ley.

Como si lo anterior no fuera suficiente, el artículo 24.1 sanciona con prisión de ocho a diez años a todo funcionario policial o militar que, en ejercicio de sus funciones, voluntariamente se abstenga, omita o retarde intervenir para evitar la consumación de cualquiera de los hechos punibles establecidos en la ley que comentamos, o para detener a la persona responsable, salvo que medien circunstancias de “fuerza mayor o algún hecho o fuerza insuperable” que ponga en peligro su propia integridad física. Debe observarse que, en esta ocasión, la ley requiere del funcionario policial o militar no solamente conocimientos jurídicos, sino también psicológicos, para determinar que, en efecto, el responsable del mensaje tenía la intención de fomentar, promover, o incitar al odio, o que ese mensaje no formaba parte del debate político -o académico- amparado por la Constitución.

Repetir que la clase política, o los intelectuales, o los militares, o los empresarios, son una clase parásita, ¿es un mensaje de odio o es un juicio de valor? Para evitar caer en el delito de omisión, ¿será que los funcionarios policiales y militares deberán impedir que cualquier persona opine o informe sobre un asunto cualquiera, a fin de evitar que esa opinión o información -que todavía no conocemos- pueda promover, fomentar o incitar al odio? Por esta vía, ya queda muy poco que recortar de la garantía constitucional de la libertad de expresión.

Para cerrar el círculo, el artículo 24.2 de la ley que comentamos sanciona, también con prisión de ocho a diez años, a todo miembro del personal de salud que, en ejercicio de sus funciones, sea en instituciones públicas o privadas, voluntariamente se abstenga, omita o retarde atender a una persona por razones de odio, discriminación, desprecio o intolerancia, salvo que medien circunstancias de “fuerza mayor o algún hecho o fuerza insuperable” que ponga en peligro su propia integridad física. Aunque todo eso tendrá que ser probado, cuesta creer que el personal de salud, que voluntariamente ha escogido esa profesión, pueda omitir atender a una persona que necesita su asistencia, simplemente por motivos de odio o discriminación; pero, tal vez, habría que considerar la sobre saturación del servicio, o la circunstancia de que haya otros pacientes que, por sus condiciones de salud o por la gravedad de sus lesiones, deban ser atendidos de forma prioritaria.

Como si no hubiera una *Gaceta Oficial*, en la que se publiquen las leyes, una Disposición Transitoria -la segunda-, dispone que todos los medios de comunicación deben difundir en su totalidad dicha ley, y que los medios impresos (olvidando que ya no quedan), la deben publicar íntegramente. Eso constituye, también, una restricción indebida al ejercicio de la libertad de expresión, que no corresponde con ningún fin legítimo de los señalados por la Constitución o por los tratados de derechos humanos ratificados por la República y que tienen rango constitucional. Imponer a los medios de comunicación la difusión de un mensaje que no es el suyo, debiendo asumir el costo del mismo, es una violación de la garantía constitucional de la libertad de expresión. Ello es particularmente así cuando se trata de una ley que emana de un órgano cuya legitimidad no ha sido reconocida -una supuesta Asamblea Nacional Constituyente, encargada de elaborar una nueva Constitución, pero no de dictar leyes-, y cuando el contenido mismo de la ley ha sido ampliamente objetado, no sólo por su origen espurio, sino por ser incompatible con la Constitución.

2. La complicidad del poder judicial

El poder judicial se ha prestado complacientemente para vaciar de contenido la garantía constitucional de la libertad de expresión, y así servir a los que mandan. En particular, ese ha sido el rol que ha jugado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, atribuyendo a sus sentencias en esta materia el carácter de “doctrina vinculante”, que ha servido de acicate para que los tribunales inferiores sigan el mismo derrotero. Veamos algunos ejemplos.

i. El caso de Queremos Elegir. Desde la llegada a la presidencia de la república de Venezuela por parte de Hugo Chávez, en cadenas de radio y televisión, que se repetían casi diariamente, y que luego incluyeron un programa llamado *Aló, Presidente*, que se emitía los sábados en la mañana, sin hora de término, pero que solían durar más de cuatro horas, el presidente Chávez solía agredir verbalmente y someter al escarnio público a figuras de la oposición, a periodistas, o a simples ciudadanos que no compartían su proyecto político. Por supuesto, esos ataques se traducían en represalias laborales o judiciales en contra de las personas aludidas, y en una autocensura de los medios de comunicación social. Uno de los agraviados por Hugo Chávez fue el periodista Elías Santana y la asociación civil *Queremos elegir*.

Con motivo del proceso iniciado para designar al Fiscal General de la República, al Contralor General de la República, al Defensor del Pueblo, y a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Elías Santana, en su condición de representante de la Asociación Civil *Queremos Elegir*, recordó que, según el artículo 264 de la Constitución de Venezuela, en dicho proceso debía ser oída la opinión de la comunidad, y que se debía convocar un Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, el cual -según el artículo 279 de la misma Constitución- debía estar integrado por diversos sectores de la sociedad. Teniendo en cuenta el texto de las disposiciones antes citadas, en declaraciones reproducidas en el diario *El Nacional* de fecha 27 de agosto de 2000, Elías Santana manifestó que la sociedad civil, si era excluida del proceso de selección de las autoridades antes referidas, estaba dispuesta a desobedecer una decisión adoptada en violación de la Constitución.

En sus emisiones del domingo 27 de agosto de 2000 y del 3 de septiembre del mismo año, en el programa *Aló, Presidente*, transmitido a través de Radio Nacional de Venezuela y Venezolana de Televisión -ambos de propiedad del Estado-, y retransmitido por otros medios de comunicación radial y televisivo, el Presidente de la República se refirió en términos despectivos y agraviantes a Elías Santana y a la Asociación Civil Queremos Elegir, negándole cualquier representación de la sociedad civil, señalando que “la sociedad civil [era] la inmensa mayoría de los venezolanos y [que estaba] con [ese] proceso.” Apartándose del texto expreso de la Constitución, el presidente Chávez afirmó que:

“Si la Asamblea Nacional decidiera, mañana o pasado mañana, que hay que sustituir al Fiscal General de la República o al Contralor General de la República, o al Consejo Nacional Electoral, pues la Asamblea Nacional tiene la potestad y para eso se la dio el proceso constituyente y la soberanía popular para hacerlo. El que no esté de acuerdo tiene derecho a expresar su voluntad, como lo han hecho, pero nosotros, los que defendemos el proceso, los que lo impulsamos, también estamos, no con el derecho, con la obligación de salir a aclararle a nuestro pueblo cómo son las cosas, y poner las cosas en su lugar. Así que, señor Santana, también le respondo a usted; lo estoy llamando a la batalla señor Santana. A mí me gusta llamar a la batalla; venga, venga, a mí me gusta.”

Esa información, difundida por el presidente de la República a través de medios del Estado, que omitía toda referencia a la participación de la sociedad civil en la designación de las autoridades referidas, en los términos previstos por la Constitución de Venezuela, estaba invitando a la Asamblea Nacional a proceder a la designación de esas autoridades violando los derechos políticos de los venezolanos.

En la misma fecha en que se difundió este programa -el 27 de agosto de 2000-, y en días posteriores, Elías Santana solicitó infructuosamente se le permitiera ejercer el derecho de réplica, previsto en el artículo 58 de la Constitución de Venezuela, que consagra el derecho de toda persona a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, y el derecho de réplica y rectificación cuando se vean afectados directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Sin embargo, en su programa *Aló, Presidente* transmitido el 3 de septiembre de 2000, el presidente de la República se negó a conceder el derecho de réplica solicitado por Elías Santana pues, en su opinión, no correspondía a ese espacio radial y televisivo otorgar el derecho a réplica y que, en todo caso, esa era una decisión que debía tomar la Directora del Instituto Autónomo Radio nacional de Venezuela, un organismo del Estado, cuyo directorio es designado por el gobierno. El 11 de septiembre de 2000, la funcionaria pública antes referida informó a Elías Santana que su réplica sería transmitida el día que a tal efecto fijara Radio nacional de Venezuela, obviamente en un espacio distinto al del programa en el que se había producido la información que originó la solicitud de réplica. El agraviado objetó esta decisión, alegando que el programa *Aló, Presidente* era transmitido no solamente por las distintas frecuencias de Radio Nacional de Venezuela, sino que también por Venezolana de Televisión y, eventualmente, por Globovisión y otros medios de comunicación social, que se trataba de un programa que generaba gran expectativa y que concentraba la atención de los medios, y que, según lo manifestado por el propio presidente de la República, era un programa que tenía una alta sintonía.

Al no obtener se les concediera el derecho de réplica en el mismo medio y en las mismas condiciones del programa en el que se les agravió, el 9 de octubre de 2000, Elías Santana y la Asociación Civil *Queremos Elegir* interpusieron un recurso de amparo constitucional ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que, según las normas adoptadas por ese mismo tribunal, debía ser resuelto en un lapso no mayor de 96 horas, contadas a partir del momento de la notificación del recurso al presunto agraviante. No obstante, la decisión se produjo el 12 de junio de 2001, después de transcurridos más de ocho meses de que se había presentado dicho recurso, sin haberle dado la celeridad inherente al mismo, e implícita en la brevedad requerida por el artículo 27 de la Constitución, que ordena se le tramite con preferencia a cualquier otro asunto.

En su sentencia del 12 de junio de 2001, sin citar al presunto agraviante (el Presidente Chávez) para que se defendiera de la imputación que se le hacía de haber violado un derecho constitucional, sin una audiencia pública en la que se

pudiera oír a las partes, y sin escuchar la opinión del Ministerio Público en un asunto que era de interés público, la Sala Constitucional del TSJ declaró improcedente el referido recurso de amparo, sin atenerse para ello a las causales expresamente referidas por la ley. En esta forma, según observa Brewer Carías, “al recurrir al subterfugio de admitir la acción de amparo para, en el mismo acto declarararla sin lugar (improcedente *in limine litis*), la Sala lo que pretendió hacer, sin que ninguna de las partes se lo hubiese pedido, fue sentar criterios sobre el tema de la libertad de expresión que no fueron objeto de contención procesal alguna y, así, servir con más claridad al poder.”⁴⁰ Por la vía de la interpretación de dos disposiciones constitucionales que no eran objeto del recurso de amparo interpuesto, con ponencia de Jesús Eduardo Cabrera Romero, la Sala Constitucional *enmendó* la Constitución y comenzó a vaciar de contenido la garantía constitucional de la libertad de expresión.⁴¹ En su sentencia, la Sala Constitucional afirmó que dicha decisión sería “doctrina vinculante” en la interpretación de los artículos 57 y 58 de la Constitución, atribuyéndole efectos generales y permanentes, y afectando no sólo a las partes en el caso, sino a todas las personas sometidas a la jurisdicción del estado venezolano. Dicha sentencia, además de confundir opinión con información, denuncia un supuesto “terrorismo comunicacional, que busca someter al desprecio público a personas o a instituciones”, y amenaza sutilmente con la aplicación de la figura del delito de vilipendio a quienes, como parte de la crítica política, puedan incurrir en esa práctica. En una rueda de prensa del 3 de julio de 2001, el presidente del Tribunal Supremo de Justicia invitó a quienes cuestionaran dicha sentencia a que fueran a la Corte Interamericana de Derechos Humanos o a donde quisieran ir, pero advirtió que esa sentencia era un acto soberano, y que por encima del Tribunal Supremo de Justicia no había ninguna otra instancia. Ocho meses después de ocurrido el hecho e interpuesto el recurso de amparo correspondiente, ¿a qué propósitos servía dictar una sentencia sobre un asunto que no era el objeto del recurso de amparo intentado por los presuntos agraviados? ¿Por qué, el juez Cabrera y la Sala Constitucional, se prestaron para exceder sus competencias y *legislar* sobre el ejercicio de un derecho constitucional? ¿Por qué admitir un recurso de amparo simplemente para emitir su criterio sobre asuntos que no eran objeto del recurso y terminar rechazándolo, *in limine litis*? El efecto práctico de esta sentencia fue regular la libertad de expresión, a entera satisfacción del régimen, llenando supuestos vacíos legales o constitucionales. Al sentar las bases para acallar ideas y opiniones que no gustan a los que mandan, o que

⁴⁰ Allan Brewer-Carías, La libertad de expresión del pensamiento y el derecho a la información y su violación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en *La libertad de expresión amenazada: Sentencia 1013*, pórticos, Roberto Cuellar y Santiago Cantón, Prólogo, Alberto Quirós Corradi, Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Editorial jurídica Venezolana, Caracas / San José, 2001, p. 18.

⁴¹ Cfr. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 1.013, del 12 de junio de 2001, que declaró improcedente la acción de amparo intentada por Elías Santana y la Asociación Civil Queremos Elegir contra el Presidente de la República y la Directora del Instituto Autónomo Radio Nacional.

incluso pueden ser impopulares, la sentencia no tuvo ningún reparo en restringir los términos del debate público que requiere el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas.

ii. Las leyes de vilipendio. No paró allí el empeño del poder judicial en servir al régimen y vaciar de contenido la garantía constitucional de la libertad de expresión. El de 6 de marzo de 2001, el abogado Rafael Chavero interpuso ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia una acción de nulidad por inconstitucionalidad de varias disposiciones del Código Penal, por considerarlas incompatibles con el artículo 57 de la Constitución y con tratados de derechos humanos válidamente celebrados por la república, en virtud de los cuales órganos internacionales establecidos por esos tratados se habían pronunciado en contra de las llamadas leyes de desacato o vilipendio. Citando el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1994, en su capítulo V, el accionante observó que las leyes de desacato son incompatibles con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos porque reprimen la libertad de expresión necesaria para el debido funcionamiento de una sociedad democrática; según manifiesta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe citado, las leyes de desacato que todavía persisten en algunos países del hemisferio no constituyen una restricción legítima de la libertad de expresión, ni son necesarias para asegurar el orden público en una sociedad democrática, por lo que recomendó su derogación. A juicio de la CIDH, la aplicación de las leyes de desacato para proteger el honor de los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial les otorga injustificadamente una protección de la que no disponen los demás integrantes de la sociedad; además, si se considera que los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial son, a todos los efectos, el gobierno, tales leyes entorpecen el derecho de los ciudadanos a criticar y escrutar los actos o decisiones de esos funcionarios públicos en lo que atañe al ejercicio de la función pública, protegiendo al gobierno de la crítica. Según el accionante, las disposiciones del Código Penal venezolano que eran impugnadas penalizaban con la privación de libertad al autor de expresiones ofensivas o irrespetuosas en contra de funcionarios públicos o instituciones estatales, independientemente de la veracidad o falsedad de las mismas, dando lugar, sin más, a la configuración del delito y a la aplicación de la pena; en su opinión, lo anterior resultaba desproporcionado, y señalaba la existencia de mecanismos menos drásticos para proteger el honor y la reputación de los funcionarios públicos, tales como el ejercicio del derecho de réplica o, incluso, la interposición de demandas de carácter civil. A juicio del accionante, el honor y la reputación de un funcionario público no podían estar por encima del derecho constitucional a expresarse y a criticar a los agentes del gobierno.

Esta vez, nuevamente con una sentencia redactada por Jesús Eduardo Cabrera Romero, adoptada el 15 de julio de 2003, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dio otro zarpazo en contra de la libertad de expresión. La sentencia se refirió a la invocación del artículo 23 de la Constitución, que señala que

“los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público.”

Sin embargo, la Sala Constitucional estima que es ella quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos o convenciones, prevalecen en el orden interno. Según la sentencia redactada por Cabrera,

“Esta competencia de la Sala Constitucional en la materia, que emana de la Carta Fundamental, no puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en Tratados (sic) ni en otros textos Internacionales (sic) sobre Derechos Humanos (sic) suscritos por el país, que permitan a los Estados partes del Tratado (sic) consultar a organismos internacionales acerca de la interpretación de los derechos referidos en la Convención o Pacto, como se establece en el artículo 64 de la Ley Aprobatoria (sic) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, ya que, de ello ser posible, se estaría ante una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala Constitucional y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales), quienes harían interpretaciones vinculantes.”

Además de desvirtuar lo que dice el texto expreso del artículo 23 de la Constitución, la Sala Constitucional confundió esta disposición con el artículo 31 de la Constitución, el cual señala que

“Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos.

El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo.”

Según la sentencia 1.942 de la Sala Constitucional,

“si un organismo internacional, aceptado legalmente por la República, amparara a alguien violando derechos humanos de grupos o personas dentro del país, tal decisión tendría que ser rechazada aunque emane de organismos protectores de los derechos humanos. Es posible que si la República así actúa, se haga acreedora de sanciones internacionales, pero no por ello los amparos o los fallos que dictaran estos organismos se ejecutarán en el país, si ellos resultan violatorios de la Constitución de la República y los derechos que ella garantiza. [. . .]

La Sala considera que, por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así los señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara.”

Es decir, la Sala Constitucional, además de hacer su propia interpretación de la garantía constitucional de la libertad de expresión, desconoció (o enmendó) el texto expreso de la Constitución, en lo que concierne a la jerarquía constitucional de los tratados de Derechos Humanos y al carácter vinculante, para todos los poderes públicos de Venezuela, de las decisiones emanadas de órganos de derechos humanos creados por dichos tratados. Mediante esta sentencia, la Sala Constitucional se erigió en el último intérprete no sólo de la Constitución de Venezuela, sino de los tratados internacionales de derechos humanos válidamente ratificados por la República y, concretamente, del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que era -y sigue siendo- “de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”

Hay que hacer notar que aquí no se estaba invocando una resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en respuesta a una petición o queja individual, ni siquiera una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino un Informe Anual de la CIDH, en el que la Comisión hacía un análisis de la compatibilidad de las leyes de vilipendio (o desacato) en el Continente con las obligaciones asumidas por los Estados en materia de libertad de expresión, y recomendaba su derogación o adecuación a los términos de la referida Convención. En este sentido, la sentencia “rechaza las declaraciones de esos organismos que no se corresponden a dispositivos de fallos, sentencias u otro tipo de providencia jurisdiccional, como lo son las recomendaciones, advertencias y manifestaciones similares”. Aun así, siendo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos uno de los órganos de protección de los derechos garantizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus resoluciones deben cumplirse de buena fe por los Estados partes en dicha Convención. Pero lo cierto es que, hasta la fecha, Venezuela también se ha negado a acatar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto las concernientes a la libertad de expresión como las que se refieren a otros asuntos.

Tal vez pudiera discutirse cómo se ejecutan en los Estados partes en un tratado las decisiones de los órganos creados por esos tratados; pero no en el caso de Venezuela que, respecto de los tratados “relativos a derechos humanos”, ha dispuesto que estos tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, siendo de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público (art. 23); además, según la misma Constitución, las decisiones de los órganos creados por dichos tratados tienen carácter vinculante (art. 31). Sin embargo, la sentencia se extiende en consideraciones sobre “diversos organismos internacionales” y tratados que no son “relativos a derechos humanos”, como el Estatuto de Roma -un tratado de Derecho Internacional *Penal*-, o el Conve-

nio sobre Arreglo pacífico de Diferencias relativas a *Inversiones* entre Estados y Nacionales de otros Estados. De allí, la sentencia concluye que los organismos previstos en esos tratados no “están por encima de los Estados Soberanos sino que están a su mismo nivel”, y que sus decisiones se rigen por las normas sobre ejecución de sentencias vigentes en los territorios de los Estados en que se pretenda su ejecución. Siguen varios párrafos de la sentencia exponiendo teorías peculiares sobre el Derecho Internacional y su relación con el Derecho interno, con el único propósito de negar que el Informe sobre leyes de desacato de la CIDH fuera vinculante en el caso de Venezuela.

Aparte de confundir *limitaciones y restricciones* a la libertad de expresión, tratando de interpretar el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la sentencia incurre en un error adicional, al confundir los fines legítimos que justifican restringir la libertad de expresión con las circunstancias que generan “responsabilidades ulteriores” en el ejercicio de la libertad de expresión. En sus divagaciones, en la parte que resulta inteligible, la sentencia mezcla los motivos que justifican la restricción legítima de la libertad de expresión con lo que constituye un límite absoluto a la expresión protegida, debiendo estar prohibido por la ley, como es la apología del odio nacional, racial o religioso, que constituyan incitaciones a la violencia o a cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas. La sentencia parece colocar, en un mismo plano, la garantía constitucional de la libertad de expresión y los daños a que se refiere el artículo 1185 del Código Civil,⁴² “como los que pueden surgir -por ejemplo- de la competencia desleal producida comunicacionalmente o en otra forma.” Aunque lo que se objeta son las leyes que castigan el vilipendio a la autoridad, al sentenciador no le pasa por la mente que el fundamento de la libertad de expresión pueda ser un debate franco y abierto sobre asuntos de interés público, que haga que cualquier sanción al ejercicio de la libertad de expresión sea incompatible con su garantía constitucional. Con esta sentencia, no se pretende regular la competencia comercial, sancionando la desleal, sino inhibir el debate político y acabar con la crítica política. Sugerir lo contrario es, simplemente, desvirtuar -o no entender- la función de la libertad de expresión en una sociedad democrática.

a) El honor y la reputación de las personas. La sentencia que comentamos presta particular atención a las “responsabilidades ulteriores” a que alude el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero pasa por alto que las responsabilidades que entraña este derecho no pueden llegar al extremo de coartar el debate político e impedir que se cuestione la conducta de los gobernantes o de quienes ejercen funciones públicas, por muy duras y mortificantes que sean las expresiones que se empleen para ello. La defensa del honor

⁴² “Artículo 1185. El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.

Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o *por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho.*”

o la reputación no puede ser esgrimida como un instrumento para acallar o intimidar a los medios de comunicación, o a quienes mantienen una posición crítica respecto de hechos o situaciones de interés público que consideran inaceptables.

En relación con la protección de la honra y reputación de las personas, la sentencia cita el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aunque atribuyéndolo incorrectamente al artículo 10 de la misma), pero omite mencionar que, según el artículo 58 de la Constitución, en caso de “informaciones inexactas o agraviantes”, el remedio apropiado es el derecho de réplica y rectificación. Además, al citar el artículo 11 (no 10) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la sentencia pierde de vista que éste se refiere al derecho de ser protegido contra injerencias y ataques “*a la vida privada*”, al domicilio, a la correspondencia, y a la honra y reputación de las personas; esta última, debe entenderse en el contexto de “la vida privada”, y no en el de la vida pública, que nos concierne a todos. Precisamente porque la libertad de expresión es un derecho fundamental, que sirve de herramienta a la toma de decisiones públicas, la forma de corregir informaciones inexactas o agraviantes, vertidas en el debate político o proferidas en contra de servidores públicos por actos relacionados con el ejercicio de su función, no puede ser una sanción penal, ni tampoco una indemnización económica. Las informaciones inexactas no se corrigen con la cárcel ni con sanciones pecuniarias, sino con más información. Informaciones inexactas son aquellas que no corresponden con la realidad de los hechos, pudiendo ser falsas o erróneas; mientras la información falsa es aquella que, a sabiendas de su falsedad, se emite con el fin de engañar, la información errónea responde a una concepción equivocada de la realidad. La información agraviante es la que produce un daño al honor o a la reputación de la persona. Cuando, a través de los medios de comunicación social, se emite información inexacta o agraviante, el remedio apropiado es el derecho de rectificación o de respuesta.

Teniendo en cuenta su naturaleza y la función que cumple en una sociedad democrática, la libertad de expresión, como derecho fundamental, prevalece sobre otros derechos; al buscar el justo equilibrio entre unos y otros, el derecho al honor o a la reputación de las personas tampoco ha sido una excepción a la regla. En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha procurado acomodar ambos derechos, con la incorporación en su artículo 14, del derecho de toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio, a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. No se quiere decir con esto que el derecho de rectificación o de respuesta exime de otras responsabilidades legales al autor de informaciones inexactas o agraviantes; pero el artículo 14 de la Convención está indicando el medio que, normalmente, resultará idóneo para rectificar los hechos o reparar el honor agraviado, sin menoscabar la libertad de expresión. Por ignorancia o por oportunismo político, el sentenciador confunde información y opinión. Exigir integridad periodística en el relato de hechos de interés público es una cosa; pretender imponer una línea editorial, reflejar todos

los puntos de vista sobre un asunto de manera completa y equilibrada, o garantizar la inmunidad a la crítica de los agentes del Estado, es algo diferente.

Además de incluir, también, el derecho de rectificación o de respuesta, la Constitución de Venezuela, en su artículo 337, dispone que la libertad de información es uno de esos derechos que no se puede suspender ni aun en estados de excepción. En un caso en contra de Chile, en el que, por decisión de la Corte Suprema de Justicia de dicho país, se había prohibido la circulación de un libro publicado en Argentina, titulado *Impunidad diplomática*, por ser supuestamente injurioso y calumnioso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos rechazó el argumento del gobierno chileno en el sentido de que el derecho al honor tendría una jerarquía superior que la que tiene el derecho a la libertad de expresión;⁴³ según la Comisión, las disposiciones del artículo 11, relativas al derecho al honor, no pueden interpretarse por los órganos del Estado de tal forma que resulten en una violación del artículo 13, relativo a la libertad de expresión, que prohíbe la censura previa.⁴⁴

Las expresiones agraviantes dirigidas en contra de funcionarios públicos son parte del debate político, que a veces puede ser muy encendido, y forman parte del precio a pagar por quienes desempeñan una función pública. Los funcionarios públicos o quienes se dedican a la política se han puesto a sí mismos en la posición de servidores públicos, y tienen una gran responsabilidad con el público. Por eso, en una sociedad democrática, a expresiones inexactas o agraviantes no se responde con la aplicación del Código Penal o del Código Civil; quien no quiera estar expuesto a la crítica política, que se salga de la política, o que renuncie al ejercicio de un cargo que le confiere poder sobre sus conciudadanos. Para quien desea seguir disfrutando de un cargo público -con carro y chofer-, el remedio previsto por la Constitución de Venezuela es el derecho de rectificación o de respuesta; no la aplicación de leyes penales incompatibles con la Constitución y con los tratados de derechos humanos. En cuanto a la difamación e injuria contra personas privadas, podrá involucrar la responsabilidad civil y, eventualmente, la responsabilidad penal del acusado, con penas proporcionadas a la naturaleza del daño causado, teniendo en cuenta la *exceptio veritatis* (como una defensa que elimina uno de los elementos del delito y, probablemente, demuestra que no se ha lesionado la reputación del presunto agraviado o que la pretensión de tal reputación era infundada) y la función de la libertad de expresión; pero las sanciones civiles o penales no son, como pretende la sentencia, la forma adecuada de proteger la reputación de los demás, de manera compatible con la Constitución y con los tratados de derechos humanos. El honor y la reputación de las personas son bienes jurídicos protegidos, pero cuando estos entran en conflicto con la li-

⁴³ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 11/96, caso 11.230, Chile, del 3 de mayo de 1996, párrafo 70, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – 1996*, Washington, D.C., 1997, pp. 241 y ss.

⁴⁴ Cfr. *ibid.*, párrafo 72.

bertad de expresión, ésta no tiene, necesariamente que doblegarse ante aquellos, sino que habrá que ponderar la función de la libertad de expresión y el carácter fundamental de la misma, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 337 de la Constitución, según el cual la libertad de información no puede ser suspendida ni aun en circunstancias de estados de excepción. Por otra parte, a partir de normas sustantivas similares a las de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Europea ha sugerido que un mensaje injurioso puede estar justificado si es en respuesta a una provocación. En efecto, en el caso *Oberschlick v. Austria (2)*, la Corte indicó que, al sugerir que sólo aquellos que habían arriesgado sus vidas en la Segunda Guerra Mundial tenían derecho a disfrutar de la libertad de expresión, el señor Haider claramente había intentado provocar una fuerte reacción; de manera que, a juicio del tribunal, el artículo de prensa publicado por el peticionario, llamándolo 'idiota', ciertamente podía considerarse polémico, pero no constituía un ataque personal gratuito, debiendo considerarse que su autor ofreció una comprensible explicación, teniendo en cuenta el discurso del señor Jörg Haider -líder del Partido por la Libertad de Austria-, que en sí mismo había sido una provocación. Según la Corte Europea, aunque es cierto que llamar 'idiota', públicamente, a un dirigente político, puede ser ofensivo, en el presente caso, esa expresión no parecía ser desproporcionada, teniendo en cuenta la indignación que había provocado el discurso del señor Haider.⁴⁵ De acuerdo con el Tribunal Europeo, una afirmación hecha en un contexto político determinado, aunque pueda ser polémica, si no constituye un ataque personal y gratuito en contra de alguien, si contribuye a la discusión de un asunto de interés general, y si no hay ninguna indicación de negligencia deliberada de parte del autor de ese mensaje, está protegida por la garantía de la libertad de expresión.⁴⁶ Por el contrario, la sentencia 1.942 justifica, de manera irrestricta, las disposiciones penales que castigan el vilipendio a las figuras públicas.

Un comentario jocoso, el humor, la caricatura, o la sátira tampoco son ajenos a la libertad de expresión. En un caso que no involucraba a un funcionario de gobierno sino a un pastor protestante que -como tal- se había constituido en una figura pública, a quien la revista *Hustler* se refirió en una parodia grosera, sugiriendo que dicho pastor había tenido un encuentro incestuoso con su madre en una letrina, y a quien un tribunal estatal le había concedido una indemnización por haberle causado intencionalmente 'angustia emocional', la Corte Suprema de los Estados Unidos, aunque confirmó la tesis que había sostenido en *New York Times Co. v. Sullivan*, en el sentido de que la víctima de una publicación de esa naturaleza sólo podía recuperar daños si probaba que ella era manifiestamente falsa o reflejaba un descuido negligente por la verdad, sostuvo que la parodia de la revista *Hustler*, la cual no se presentaba como un hecho cierto, no podía ser

⁴⁵ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Oberschlick v. Austria (2)*, sentencia del 25 de junio de 1997, párrafos 31, 33, y 34.

⁴⁶ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case Unabhangige Initiative Informationsvielfalt v. Austria*, sentencia del 26 de febrero de 2002, párrafos 43 y 46.

tomada en serio por los lectores y, en consecuencia, revocó la sentencia que había condenado a dicha revista a pagar daños.⁴⁷ Pero, aunque el humor pueda ser una de las formas que, con frecuencia, asume la crítica política, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela se lo ha tomado muy en serio, y no acepta que se burlen de la revolución o, mucho menos, de sus caudillos.

Debe llamarse la atención del lector sobre el hecho que -tanto en el texto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- se protege a la persona de ataques ‘*ilegales*’ a su honra o reputación. En consecuencia, parece obvio concluir que, en ciertas circunstancias, un ataque a la honra o a la reputación de las personas puede resultar lícito, y probablemente legítimo. A nuestro juicio, ello parece especialmente claro en el caso de hechos de trascendencia pública, o en casos en que se encuentre involucrado el interés colectivo, y que lleven a cuestionar la honorabilidad u honradez de una figura pública; porque, en efecto, existe un interés legítimo por parte de los integrantes del grupo social en cuanto a discutir aquellos asuntos que afectan sus propias vidas. Según el Tribunal Constitucional español, esos asuntos de relevancia pública o interés general se caracterizan por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen.⁴⁸ Por consiguiente, ni la rectitud u honestidad de aquellos a quienes se les ha encomendado la administración de los negocios públicos, ni la protección de la reputación de las personas, se pueden utilizar como un escudo para impedir o coartar el debate político. Puede que el insultar o injuriar a otra persona no forme parte de la expresión protegida; pero lo que sí está protegido es el derecho a cuestionar los actos o las ideas de una persona, especialmente si ello es relevante desde el punto de vista del interés público, y muy especialmente cuando nuestras críticas van dirigidas en contra de aquellos que ejercen el poder político; en consecuencia, las expresiones y comentarios de interés público tiene un carácter privilegiado, que está amparado por la garantía constitucional de la libertad de expresión.

Según la Corte Europea de Derechos Humanos, “los límites de la crítica aceptable son más amplios tratándose de un político que de un individuo ordinario. A diferencia de este último, el primero se expone a sí mismo, inevitablemente y a sabiendas, al escrutinio público de cada una de sus palabras y de cada uno de sus hechos, y debe, por lo tanto, desplegar un mayor grado de tolerancia.”⁴⁹ La Corte admitió que el uso de expresiones como ‘*oportunismo más rastroso*’, ‘*inmoral*’, e ‘*indigno*’, para referirse al Sr. Kreisky probablemente dañarían su reputación pero, puesto que ellas se habían proferido en su condición de Primer Ministro, debía tenerse en cuenta las circunstancias en que el Sr. Lingens escribió

⁴⁷ Este caso, que involucraba al reverendo Jerry Falwell, es citado por Anthony Lewis, en el Foreword de *Free Speech Yearbook*, vol. 29, 1991, p. XI.

⁴⁸ Cfr. Tomás Vives Antón, SSTC 107/88, 171/90, 172/90.

⁴⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Lingens*, sentencia del 8 de julio de 1986, párrafo 42. Cfr., también, Corte Europea de Derechos Humanos, Cuarta Sección, *Affaire Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, sentencia del 28 de septiembre de 2000, párrafo 30, punto ii.

los artículos de prensa considerados difamatorios, circunstancias que incluían un proceso electoral y la necesidad de formar una coalición gobernante, sin que tales expresiones pudieran calificarse como inusuales en el forcejeo típico de la política.⁵⁰ Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había advertido que la aplicación de leyes de desacato para proteger el honor de los funcionarios públicos que actúan en su carácter oficial les otorga injustificadamente un medio de protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad; esta distinción invierte directamente el principio fundamental de un sistema democrático, que hace al gobierno objeto de controles, incluido el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo. De modo que, si se considera que los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial, a todos los efectos, son el gobierno, los individuos tienen el derecho de criticar y escrutar las acciones y actitudes de esos funcionarios en lo que atañe a la función pública;⁵¹ además, las leyes de desacato plantean la posibilidad de que quien critica de buena fe al gobierno sea sancionado, y que dichas leyes sean utilizadas precisamente para suprimir tanto la crítica como los adversarios políticos.⁵² Eso es lo que decía el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre leyes de desacato, y que había sido invocado por el recurrente. A juicio de la Comisión, el temor a sanciones penales necesariamente desalienta a los ciudadanos a expresar sus opiniones sobre problemas de interés público, en especial cuando la legislación no distingue entre los hechos y los juicios de valor.⁵³ En consecuencia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos vio con buenos ojos que, en el caso del periodista Horacio Verbitsky, condenado por difamar a un Ministro de la Corte Suprema de Argentina, el Estado denunciado revocara dicha sentencia y derogara la figura del desacato, ajustando la legislación de Argentina a lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵⁴

Por el contrario, la sentencia 1.942, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, buscaba brindar a los funcionarios públicos una protección inusual en una sociedad democrática, declarando la constitucionalidad de leyes que penalizan la crítica política; a fin de cuentas, ninguna restricción de la libertad de expresión puede ser esgrimida como un arma política para acallar o intimidar a los medios de comunicación, o a quienes mantienen una posición crítica, respecto de hechos de interés público que consideran inaceptables. Sin duda, la mayor exposición de quienes ocupan un cargo público, junto con las expectativas que generan sus actuaciones, les hacen un blanco más fácil de la

⁵⁰ Cfr. *ibid.*, párrafo 43.

⁵¹ Cfr. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – 1994*, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 1995, pp. 218-222.

⁵² Cfr. *ibid.*, pág. 220.

⁵³ Cfr. *ibid.*, pp. 218-219.

⁵⁴ Cfr. el Informe N° 22/94, caso 11.012, Argentina, Solución Amistosa, del 20 de septiembre de 1994, en el *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – 1994*, Washington, D.C., 1995, pp. 40-45.

crítica; pero ese es el precio que tenemos que pagar en una sociedad democrática, para asegurar un debate público franco y vigoroso. La sola existencia de estas figuras penales tiene un efecto inhibitor en el debate político; por consiguiente, la tipificación de esos delitos constituye una interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión que, para que sea legítima, debe ser proporcionada al propósito que con ella se persigue.

Lo que se objetaba en el amparo introducido ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela era el efecto que tienen, en el ejercicio de la libertad de expresión, las leyes penales que sancionan el vilipendio a las autoridades. En el Tribunal Constitucional español se ha sostenido que la libertad de expresión, y en concreto la libertad de crítica a la actuación de los personajes públicos, necesita un amplio espacio para desarrollarse, sin que se vea menoscabada por recursos penales, que su ejercicio más allá de lo que resulta tolerable; de acuerdo con el juez Vives Antón, si bien la libertad de expresión no comporta un derecho al insulto, las expresiones insultantes vertidas en el caso en especie no eran lo suficientemente fuertes, ni se hallaban lo bastante separadas de la crítica que se efectuaba en el artículo de prensa enjuiciado, como para que el recurso al derecho penal no resultara exorbitante y no comportara un peligro manifiesto de confusión y desánimo en quienes ejercen la crítica pública; por consiguiente, la mera posibilidad de que se castigue penalmente el exceso en la crítica parece, a juicio de Vives Antón, contrario al contenido constitucionalmente garantizado de la libertad de expresión.⁵⁵ En este mismo sentido, en 1964, en el caso *New York Times Co. v. Sullivan*, el juez William Brennan, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, señaló que el derecho a criticar al gobierno, sin temor a represalias, es el elemento fundamental de la libertad de expresión.⁵⁶ Tal conclusión es inevitable si se tiene en cuenta que uno de los propósitos de la libertad de expresión es permitir juzgar y criticar las políticas del gobierno y la conducta de aquellos que las ejecutan; si bien esa crítica puede generar polémica, tampoco se puede olvidar que la polémica es de la esencia de la democracia. En cuanto al procedimiento para determinar si las expresiones supuestamente difamatorias plantean cuestiones de interés público, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha señalado que se debe examinar el contenido, la forma, y el contexto en el que se profirieron tales expresiones.⁵⁷ En todo caso, lo que se protege es el carácter político del mensaje, en cuanto éste concierne a la sociedad en su conjunto, y tiene un carácter preferente frente a la reputación de las personas; por ello, incluso si se probara la malicia de la información que se objeta, el funcionario demandante

⁵⁵ Cfr. su voto particular en la sentencia N° 79/1995, del 22 de mayo de 1995, recaída en el recurso de amparo N° 3696/1993, y publicada en el Boletín Oficial del Estado del 21 de junio de 1995, N° 147 (suplemento). También, su voto particular en la sentencia N° 78/1995, del 22 de mayo de 1995, recaída en el recurso de amparo N° 3694/1993, y publicada en el Boletín Oficial del Estado del 21 de junio de 1995, N° 147 (suplemento).

⁵⁶ Cfr. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

⁵⁷ Cfr. *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 761 (1985).

debería probar que las expresiones difamatorias se refieren a él.⁵⁸ En este sentido, se recuerda que, en los *Principios de Siracusa*,⁵⁹ se rechaza la utilización de restricciones basadas en la reputación de los demás para proteger al Estado y a sus funcionarios contra la opinión o la crítica del público.⁶⁰ Asimismo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que, en una sociedad democrática, los actos u omisiones del gobierno deben estar sometidos al escrutinio más estricto, no sólo de las autoridades legislativas y judiciales, sino que también de la prensa y de la opinión pública.⁶¹ Según el tribunal europeo, en un sistema democrático, las acciones u omisiones del gobierno deben ser objeto de un examen muy estricto, no sólo por las autoridades legislativas o judiciales sino también por la opinión pública; además, según la Corte, la posición dominante que ocupa el gobierno hace necesario que éste despliegue una mayor tolerancia y actúe con cautela al recurrir a procedimientos penales, particularmente cuando hay otros medios disponibles para replicar a los ataques y a las críticas injustificadas de sus adversarios.⁶² Por consiguiente, la libertad de expresión es incompatible con figuras penales que castigan la crítica a las instituciones o a los funcionarios públicos. No debe olvidarse que ésta es una garantía del individuo frente al Estado y no a la inversa; porque, mientras el Estado no necesita protegerse de los ciudadanos, estos últimos deben contar con mecanismos que les permitan juzgar y evaluar el ejercicio del poder. Además, cuando se alegue responsabilidades ulteriores por una información presuntamente falsa o errónea, el peso de la prueba debe recaer sobre el funcionario supuestamente agraviado, debiendo ser éste el que demuestre, respecto del autor del mensaje, el conocimiento de su falsedad o el absoluto desprecio por la verdad de lo aseverado. Por consiguiente, una legislación que penalice la difamación no puede dar por establecida la intención de difamar del autor del mensaje, puesto que no se puede presumir la mala fe de quien ejerce su libertad de expresión. Esta dimensión de un eventual conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor o a la reputación de las personas no fue analizada por la sentencia 1.942, y no ha sido considerado en casos como la demanda de Diosdado Cabello contra *El Nacional*, que relegó la libertad de expresión a un segundo plano.

⁵⁸ Cfr. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

⁵⁹ *Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptados por la Conferencia que se celebró en Siracusa, Italia, del 30 de abril al 4 de mayo de 1984, con el patrocinio de la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Asociación Estadounidense para la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos, y el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Penales. Reproducidos en E/CN.4/1985/, Anexo.

⁶⁰ Cfr. *ibid*, párrafo 37.

⁶¹ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Castells v. Spain*, sentencia del 23 de abril de 1992, párrafo 46.

⁶² Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 60.

En la jurisprudencia comparada, cuando está referida a asuntos de trascendencia pública, la libertad de expresión es merecedora de un trato preferente, incluso frente a expresiones difamatorias. En este sentido, la evolución experimentada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos es digna de especial mención. Inicialmente, la Corte Suprema de los Estados Unidos observó que la administración del Estado había llegado a ser muy compleja, que las oportunidades para desaguados y actos de corrupción se habían multiplicado, que el crimen había crecido en proporciones preocupantes, y que el peligro de encontrarse desprotegidos por la conducta de los agentes del Estado y de ver comprometida la seguridad de la vida y de la propiedad como resultado de las alianzas criminales y la negligencia oficial, enfatizaban la necesidad primordial de una prensa vigilante y valiente. El hecho de que la libertad de prensa pudiera ser objeto de abusos por malévolos proveedores de escándalos, no hacía menos necesaria la inmunidad de la prensa frente a la censura previa en lo que se refería a la conducta oficial; en estas circunstancias, según la Corte Suprema de los Estados Unidos, un remedio compatible con el privilegio constitucional de la prohibición de la censura previa sería el castigo posterior de tales abusos.⁶³ Mientras en una primera etapa se estimó que las expresiones difamatorias no estaban protegidas por la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, y que ellas constituían una excepción a la libertad de expresión amparada por ésta,⁶⁴ en una segunda etapa -cuyo inicio lo marcó la decisión en el caso *New York Times Co. v. Sullivan*-, ese mismo alto tribunal adoptó un criterio mucho más estricto para ponderar los procesos por difamación en cuanto restricciones legítimas a la libertad de expresión, exigiendo un examen más rígido en el caso de las figuras públicas, y señalando que ni el error de hecho ni el contenido difamatorio de una expresión son suficientes para privar de protección constitucional a las críticas que se formulan a la conducta de los funcionarios públicos.⁶⁵ Ese ciclo parece haberse cerrado con la decisión de la Corte en el caso *Ocala Star-Banner Co. v. Damron*, que confiere a la negligencia periodística un mayor grado de protección, no obstante el mayor daño que, aparentemente, se pueda haber causado a la víctima.⁶⁶ Por el contrario, la mente de nuestros jueces ha sido incapaz de razonar sobre el porqué de la garantía constitucional de la libertad de expresión, o sobre porqué ella reviste tanta importancia en una sociedad democrática.

Cuando lo que está en juego es el interés colectivo, parece legítimo cuestionar la rectitud, honorabilidad u honradez, de una figura pública, por lo que expresiones de esa naturaleza no podrían calificarse de injuriosas; después de todo, así como los dirigentes políticos se han ofrecido para administrar nues-

⁶³ Cfr. *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

⁶⁴ Cfr. su decisión en el caso *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), y también *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

⁶⁵ Cfr. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

⁶⁶ Cfr. *Ocala Star-Banner Co. v. Damron*, 401 U.S. 295 (1971).

tros bienes y nuestros destinos, como contrapartida, nosotros tenemos derecho a juzgar y fiscalizar tanto su conducta como su rectitud de propósitos. Como señalara la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *New York Times Co. v. Sullivan*, una nación puede vivir en paz cuando se rechazan los juicios por difamación entablados por un funcionario público en relación con asuntos de interés público; pero difícilmente es posible que un país pueda vivir en libertad cuando a los miembros del cuerpo social se les puede castigar por criticar a su gobierno, porque una democracia deja de existir en el mismo momento en que se exonera a los funcionarios públicos del deber de responder frente a sus mandantes.⁶⁷ Este criterio ha sido sostenido en forma reiterada por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En el caso *Crayg v. Harney*, en que el tribunal inferior había condenado a los peticionarios por desacato al tribunal, sancionándolos con arresto por haber publicado un comentario crítico del comportamiento y las decisiones adoptadas por el juez de ese tribunal en un caso particular, la Corte Suprema de los Estados Unidos se inclinó en favor de la libertad de expresión, indicando que “se supone que los jueces son hombres de fortaleza, capaces de prosperar en un clima endurecido... Los jueces que se presentan para la reelección ofrecen su hoja de servicios; ese puede ser un ambiente muy rudo. La crítica es inevitable, y la discusión de su conducta, si no es necesaria, por lo menos es apropiada.”⁶⁸ El Tribunal Constitucional español llegó a la misma conclusión en un caso en que se denunciaba un editorial de *El País* –titulado ‘*Un Tribunal contra la historia*’– y un artículo publicado por el mismo periódico, criticando una decisión judicial y a los jueces que la dictaron. En el editorial se calificaba esa decisión judicial como un acto pueril contra el curso de la historia, se afirmaba que con ella se pretendía mantener los privilegios de una minoría, y que dicha resolución judicial se inscribía en la más pura táctica del filibusterismo a que recurría la derecha reaccionaria, desesperada frente a la inexistencia de una alternativa de derecha democrática y moderna, capaz de desalojar a los socialistas en el poder. Por su parte, en el artículo periodístico se destacaba la coincidencia de dicha sentencia con la posición del grupo parlamentario del Partido Popular, y se indicaba la edad de los magistrados que la adoptaron, señalando el parentesco de uno de ellos con quien había sido presidente de una de las salas del tribunal Supremo en la última etapa franquista y, posteriormente, se había desempeñado como defensor de algunos de los implicados en la intentona golpista del 23 de febrero de 1981. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, tanto en el editorial como en el artículo antes referido se hacía una crítica general de la resolución judicial adoptada, en la medida en que se le consideraba impregnada de una determinada ideología, pero sin que la atribución de esa posible vinculación ideológica pudiera entenderse en sí misma como un insulto, ni constituir por sí misma una injerencia en el honor de

⁶⁷ Cfr. la opinión concurrente del juez Black, a la que se une el juez Douglas, en *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

⁶⁸ *Crayg v. Harney*, 331 U.S. 367 (1947).

los afectados;⁶⁹ según ese alto tribunal, los jueces y tribunales constituyen uno de los poderes del Estado, y en la difícil tarea de administrar justicia están sometidos al control de los correspondientes recursos y a la censura social, como lo están los otros poderes del Estado.⁷⁰ Según el citado tribunal, la independencia del Poder Judicial lo es respecto de la adopción de decisiones por los órganos judiciales, pero no se ve afectada por la opinión que de las mismas puedan expresar los ciudadanos, quienes -dentro de ciertos límites- pueden legítimamente criticarlas.⁷¹

Para los efectos de caracterizar un acontecimiento como de trascendencia pública, hay que considerar tres elementos: a) la materia objeto de la información, b) la condición de la persona aludida, y c) la naturaleza del medio empleado para difundir la información. En primer lugar, es indispensable que la materia objeto de la información sea de interés público y que, por lo tanto, su divulgación pueda contribuir a la formación de la opinión pública. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta la condición de la persona aludida por esa información, puesto que las personalidades públicas, ya sea porque ejercen funciones públicas o porque han resultado implicadas en asuntos de relevancia pública, deben tolerar un mayor grado de interferencia que las personas privadas en el ejercicio de sus derechos de la personalidad. Por último, el otro elemento relevante es la naturaleza del medio empleado para difundir la información, particularmente si se ha recurrido a un medio de comunicación social; en este sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha destacado la importancia de los medios de comunicación en un Estado de Derecho, recordando que es a éstos precisamente a quienes corresponde impartir informaciones e ideas sobre asuntos políticos u otros asuntos de interés público, y que es la prensa la que le proporciona al público el mejor medio de descubrir las actitudes de sus dirigentes políticos y de formarse una opinión acerca de las mismas, permitiendo a todos participar en un debate político libre, que es lo que está en el corazón de una sociedad democrática.⁷² Nada de esto ha llamado la atención de la Sala Constitucional, porque su propósito no es buscar elementos de juicio para garantizar el ejercicio de la libertad de expresión, sino para disminuirlo y cercenarlo.

Cuando lo que está en juego es el interés colectivo, quien se haya construido una determinada reputación está expuesto a verse desacreditado, y no puede pretender que la misma no sea puesta en discusión. En el caso de unos artículos de prensa relatando las experiencias de algunas mujeres que se habían sometido a cirugía estética y en los que se cuestionaba la competencia profesional de un médico, la Corte Europea de Derechos Humanos observó que los mencionados

⁶⁹ Cfr. la sentencia N° 173/1995, del 21 de noviembre de 1995, recaída en el recurso de amparo N° 2339/1994, y publicada en el Boletín Oficial del Estado del 28 de diciembre de 1995, N° 310 (suplemento).

⁷⁰ Cfr. *Ibidem*.

⁷¹ Cfr. *Ibidem*.

⁷² Cfr. *ibid*, párrafo 43.

artículos fueron publicados como reacción a la publicación en el mismo periódico, un par de meses antes, de otro artículo que describía el trabajo de ese médico y las ventajas de la cirugía estética; según el tribunal europeo, además del interés público del asunto, las expresiones consideradas difamatorias debían examinarse teniendo en cuenta el antecedente de este último artículo, que presentaba un cuadro favorable del médico, sin mencionar las posibles desventajas derivadas de su actividad profesional.⁷³ La Corte Europea admitió que la publicación de esos artículos de prensa —que, al dar la impresión de una falta de preparación profesional, el médico aludido interpretó que constituían una ejecución pública, inevitablemente causarían un daño sustancial a su reputación profesional; pero, en opinión del Tribunal Europeo, la necesidad de proteger esa reputación no era más importante que el interés público en la libertad de la prensa para impartir información sobre asuntos de legítimo interés público, y no podía prevalecer sobre este último.⁷⁴ Este elemento tampoco fue considerado por la sentencia 1.942.

b) La seguridad nacional. No hay, en la Constitución de Venezuela, una referencia expresa a la seguridad nacional como motivo legítimo para restringir el ejercicio de la libertad de expresión; pero, a partir de la circunstancia de que aquella sí está incluida en el artículo 13.2, literal b, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como lo que podría ser el propósito de una restricción legítima de la libertad de expresión, la Sala Constitucional extrae, de allí, consecuencias que recortan el contenido de la garantía constitucional de la libertad de expresión. Según la sentencia, “lo que debilite, atente o enerve los fundamentos de la seguridad nacional... puede generar responsabilidad si es que las acciones en ese sentido provienen del ejercicio de la libertad de expresión. Toda expresión que busque debilitar a las Fuerzas Armadas y a los órganos de seguridad ciudadana, como elementos de la seguridad de la nación, pueden igualmente producir responsabilidades legales.” El artículo 13.2 de la Convención Americana se refiere a las restricciones que sean “*necesarias para asegurar... la protección de la seguridad nacional*”. De manera más categórica, el artículo 19, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —que también ha sido ratificado por Venezuela y que, al igual que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se encuentra expresamente mencionado por el artículo 339 de la Constitución— dispone que la libertad de expresión *puede* estar sujeta a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y *ser necesarias para... la protección de la seguridad nacional*”.

En el curso de la guerra fría, cuando a veces se justificaba la represión de las ideas con el pretexto de la amenaza que ellas podían implicar para la seguridad nacional, la respuesta de los sectores liberales solía ser que el remedio consistía

⁷³ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Bergens Tidende and others v. Norway*, sentencia del 2 de mayo de 2000, párrafo 51.

⁷⁴ Cfr. *ibid*, párrafos 59 y 60.

en permitir más expresión y no en restringirla.⁷⁵ En realidad, las restricciones al acceso a la información, que van de la mano con el argumento de la seguridad nacional, son incompatibles con el ejercicio transparente del poder, chocan con la democracia como fundamento de la libertad de expresión, cierran el flujo de información que debe haber de los representantes a los representados, y asumen que quienes controlan esa información tienen mayor discernimiento que el resto de los ciudadanos. Además, ese control de la información por parte de los agentes del Estado restringe sustancialmente la posibilidad de establecer responsabilidades penales, políticas, o administrativas.

Llama la atención que, salvo por la referencia que a ella se hace en los tratados de derechos humanos ratificados por la República, en la Constitución de Venezuela no se haya previsto explícitamente la posibilidad de restringir la libertad de expresión cuando así lo requiera la protección de la seguridad nacional, como si se descartara completamente esa posibilidad; después de todo, el segundo párrafo del artículo 57 de la Constitución prohíbe la censura a los funcionarios públicos para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades. Aunque éste era un asunto digno de examinar, poco importó al redactor de la sentencia 1.942 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Simplemente, la sentencia afirma que “la seguridad nacional o seguridad de la nación, se encuentra conceptualizada tanto en la Constitución vigente, en el Título destinado a la Seguridad de la Nación, como en la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa.” Pero no dice que, alguna disposición precisa de la Constitución permita, en forma expresa o implícita, restringir la libertad de expresión por razones de seguridad nacional. En realidad, para llegar a esa conclusión, la sentencia tiene que recurrir al artículo 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; en ese sentido, la sentencia afirma que

“lo que debilite, atente o enerve los fundamentos de la seguridad nacional, conforme al artículo 13.2 aludido, puede generar responsabilidad, si es que las acciones en ese sentido provienen del ejercicio de la libertad de expresión. Toda expresión que busque debilitar a las Fuerzas Armadas y a los órganos de seguridad ciudadana, como elementos de la seguridad de la nación, pueden igualmente producir responsabilidades legales.”

Pero no es eso, exactamente, lo que expresa el artículo 13.2 de la Convención Americana. Según dicha disposición, la libertad de expresión *puede* estar sujeta a responsabilidades ulteriores, a condición de que ellas estén expresamente fijadas por las leyes y sean *necesarias* para, *inter alia*, asegurar la protección de la seguridad nacional. La sentencia no se detiene a analizar ninguno de estos extremos; muy por el contrario, da por sentado que la garantía constitucional de la libertad de expresión tiene una importancia secundaria, y propicia un concepto amplio de seguridad nacional, que incluye, sin ningún análisis, no debilitar a las

⁷⁵ Cfr., por ejemplo, el voto concurrente de Louis Brandeis, juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en *Whitney v. People of State of California*, 274 U.S. 357 (1927).

Fuerzas Armadas y a los órganos de seguridad ciudadana. La sentencia no solo no proporciona un concepto de seguridad nacional, sino que la coloca en un mismo plano con la seguridad ciudadana, Según dicha sentencia, “toda expresión que busque debilitar a las Fuerzas Armadas” *puede* producir responsabilidades legales; pero no se toma el trabajo de indicar en qué supuestos precisos las produciría, o en cuáles no; por ejemplo, un mensaje que proponga restarle competencias a las Fuerzas Armadas en el control del orden público, someter sus decisiones al control de la autoridad civil, o reducir su presupuesto para incrementar la construcción de escuelas, puede que *debilite* a las Fuerzas Armadas, pero no a la seguridad nacional; por otra parte, someter a las Fuerzas Armadas al respeto de la Constitución -incluyendo la garantía constitucional de la libertad de expresión-, ni *debilita* a las Fuerzas Armadas ni constituye una amenaza para la seguridad nacional.

En el caso de ‘*los papeles del Pentágono*’, los jueces Black y Douglas señalaron que:

la palabra ‘*seguridad*’ es una generalidad amplia y vaga cuyos contornos no deberían ser invocados para derogar una ley fundamental contenida en la Primera Enmienda (a la Constitución de los Estados Unidos). El cuidado de secretos militares y diplomáticos a expensas de un gobierno representativo informado no proporciona una real seguridad para nuestra República. Los redactores de la Primera Enmienda, plenamente conscientes tanto de la necesidad de defender a nuestra nación como de los abusos de los gobiernos inglés y colonial, buscaron dar a esta nueva sociedad fuerza y seguridad, estableciendo que las libertades de expresión, prensa, religión, y reunión, no deberían ser derogadas.⁷⁶

Sin duda, la seguridad nacional es un interés legítimo, que el Estado debe tener en cuenta para mantener un sano equilibrio entre los derechos individuales y la seguridad de todos. Pero, con demasiada frecuencia, la seguridad nacional ha servido de pretexto para la violación de los derechos humanos en gran escala y, por supuesto, también para coartar la libertad de expresión y restringir el debate público.

Refiriéndose a la ‘*seguridad del Estado*’, Stephen J. Del Rosso Jr. ha observado que durante mucho tiempo esta noción ha significado lo que los gobernantes deciden que signifique.⁷⁷ Con lo anterior se está enfatizando el carácter vago e impreciso de un término que puede entenderse como sinónimo de otra expresión igualmente ambigua, como es la ‘*seguridad nacional*’; pero esta ambigüedad e imprecisión puede extenderse a otros conceptos estrechamente asociados a la noción de seguridad nacional, tales como la noción de ‘*sedición*’, o ‘*traición a la*

⁷⁶ Opinión concurrente en *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

⁷⁷ Cfr. “*The Insecure State: Reflections on ‘the State’ and ‘security’ in a changing world*”, en *Daedalus*, Journal of the American Academy of Arts and Sciences, vol. 124, N° 2, spring 1995, p. 183.

patria’, que tradicionalmente también se han interpretado en forma muy laxa. Esa ambigüedad e imprecisión del concepto que comentamos permitió, por ejemplo, que durante la dictadura de Pinochet en Chile, el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibiera películas no solamente referidas a hechos ocurridos en Chile e imputables al régimen, como *Desaparecido (Missing)*, sino también películas como *Un violinista en el tejado* o *Holocausto*, que, no obstante las gestiones realizadas por diversas instituciones judías, hicieron de Chile el único país americano en el que no se pudieron exhibir;⁷⁸ esa misma ambigüedad permitió que, por medio de los decretos N° 324, del 17 de junio de 1985, y 5.720, del 16 de septiembre del mismo año, se prohibiera a los órganos periodísticos de ese país informar o comentar conductas descritas como terroristas, o actividades, acciones o gestiones de índole político partidista.⁷⁹ Esa misma ambigüedad es la que explica el culto por el secreto, latente en el artículo 55 de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación,⁸⁰ que dispone que todos aquellos funcionarios “que presten servicio en cualquiera de los órganos del Poder Público o cualquier institución del Estado y divulguen o suministren datos o informaciones a cualquier particular o a otro Estado, comprometiendo la seguridad y defensa de la Nación, serán penados con cinco a diez años de prisión”. Esta norma está en abierta contradicción con el tenor literal de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 57 de la Constitución que, a fin de garantizar el acceso a la información, prohíbe -sin excepciones- la censura a los funcionarios públicos para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades.

En sentido estricto, por ‘*seguridad nacional*’ puede entenderse la necesidad de preservar la existencia misma del Estado y de sus instituciones; en un sentido más amplio, la noción de seguridad nacional puede comprender todo lo que amenaza la vida de la nación, así como la estructura fundamental de sus instituciones sociales. Desde este punto de vista, como la ‘*seguridad nacional*’ y la ‘*seguridad del Estado*’ son coincidentes, Daniel Hugo Martins ha sostenido que esta expresión -seguridad del Estado- implica una grave amenaza a la integridad o existencia de cualquiera de los tres elementos constitutivos del Estado: su población, su territorio, o lo que él denomina su orden legal.⁸¹ En sentido coincidente, según Hernán Montealegre, la seguridad del Estado es la de la totalidad de los elementos que lo componen; de manera que “un Estado es seguro cuando cada uno de sus elementos integrantes lo es. Para el territorio, su seguridad consiste en su *integridad*, para el gobierno, en su *estabilidad*, para los habitantes, en la

⁷⁸ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, Secretaría General Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 1985, p. 230.

⁷⁹ Cfr. *ibid*, p. 221.

⁸⁰ Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.156 Extraordinario, de 19 de noviembre de 2014.

⁸¹ Cfr. Daniel Hugo Martins, “*The protection of human rights in connection with the suspension of guarantees or ‘State of Siege’*”, en *The Organization of American States and Human Rights: 1960 – 1967*, Organization of American States, Washington, D.C., 1972, p. 153.

intangibilidad de sus derechos humanos fundamentales.”⁸² Asimismo, Montealegre ha observado que las amenazas a la seguridad del Estado pueden provenir del exterior o del interior del Estado, y que estas últimas pueden ser generadas por la insurrección que proviene desde la base, o por amenazas que provienen desde la cúpula del poder estatal, y que se expresan en la violación de los derechos humanos de sus habitantes.⁸³ Por el contrario, en los *Principios de Siracusa*⁸⁴ se confiere a la seguridad nacional un carácter más limitado, indicando que ésta sólo se puede invocar para justificar las medidas que restrinjan ciertos derechos humanos –incluida la libertad de expresión– “cuando estas medidas se adopten para proteger la existencia de la nación, su integridad territorial o su independencia política contra la fuerza o la amenaza de la fuerza.”⁸⁵ Además, de acuerdo con la idea expresada por Montealegre, se subraya la relación que existe entre el respeto de los derechos humanos y la seguridad nacional, afirmando que la violación sistemática de los primeros socava la seguridad nacional, y que un Estado que sea responsable de violaciones de este tipo no puede invocar la seguridad nacional para justificar medidas encaminadas a suprimir la oposición a dichas violaciones, o para imponer prácticas represivas contra su población.⁸⁶

La seguridad nacional es la que concierne a la existencia misma del Estado como tal, sin que se pueda confundir con a la honra o la reputación de las personas o instituciones. En ejercicio de la facultad prevista en el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado no sólo podrá exigir responsabilidades ulteriores, sino restringir –aunque nunca anular– la libertad de expresión en cuanto a la prohibición de la divulgación de los planes de combate, medidas concretas para hacer frente a ataques terroristas o, tal vez, el grado de preparación de las fuerzas armadas; pero, con el pretexto de la seguridad nacional, no se puede impedir la crítica política, o la denuncia de actos delictivos cometidos por agentes estatales. Hay, según la Convención Americana y según el pacto de Derechos Civiles y Políticos, un principio de necesidad, que requiere demostrar, en cada caso, la estricta necesidad de restringir la libertad de expresión para asegurar la seguridad nacional. No basta, como pretende la sentencia que comentamos, que una determinada actividad esté vinculada a la seguridad nacional para que el Estado pueda proceder a restringir información u opinión sobre

⁸² Hernán Montealegre, *La seguridad del Estado y los derechos humanos*, Edición Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, Chile, 1979, p. 7.

⁸³ Cfr. *ibid.*, p. 6.

⁸⁴ *Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptados por la Conferencia que se celebró en Siracusa, Italia, del 30 de abril al 4 de mayo de 1984, con el patrocinio de la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Asociación Estadounidense para la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos, y el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Penales. Reproducidos en E/CN.4/1985/, Anexo.

⁸⁵ *Ibid.*, párrafo 29.

⁸⁶ Cfr. *ibid.*, párrafo 32.

dicha actividad. Pero la sentencia 1.942 estableció, como cuestión de principio, que cualquier actividad ligada a la seguridad nacional puede ser objeto de censura previa, o de responsabilidades ulteriores, dejando amplio espacio para que, de allí en adelante, el Estado persiguiera a la disidencia política, con el pretexto, entre otras cosas, de la seguridad nacional. De allí también que, a pesar del texto expreso del segundo párrafo del artículo 57 de la Constitución, según el cual “se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades”, con el pretexto de la seguridad nacional -o con ninguno-, se ha negado a los ciudadanos, así como a los medios de comunicación social, el acceso a información de interés público, concerniente, por ejemplo, al monto de las reservas monetarias en poder del Banco Central, al porcentaje mensual de la inflación, al nivel de los embalses que abastecen de agua al país, al número de personas asesinadas por el hampa común, al lugar en el que se encuentra detenida alguna persona, al propósito de la contratación de bufetes de abogados en el exterior, o al monto de los honorarios pagados a esos bufetes de abogados, y con cargo a qué partida del presupuesto nacional.

Incluso en caso de conflictos armados no se puede invocar la seguridad nacional para ocultar los horrores de la guerra, o para esconder los errores o abusos que se puedan cometer en el curso de la misma. Una cosa es impedir la difusión de información que pueda poner en peligro a las tropas, o divulgar los planes de guerra, y otra es pretender impedir que se informe, o que se opine, sobre las operaciones militares y el efecto de las mismas sobre la población civil. Tampoco parece razonable que, con el pretexto de combatir el terrorismo, se impida la difusión de mensajes provenientes de grupos terroristas; en principio, tal vez haya que dejar a los medios de comunicación social asumir su responsabilidad social, y decidir qué información difundir y qué no. Por eso, en ese adecuado equilibrio que debe procurarse entre la libertad de expresión y la protección de la seguridad nacional, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que la pertinencia de cualquier interferencia con la libertad de expresión debe examinarse en el contexto de la función esencial que le corresponde a la prensa en el adecuado funcionamiento de la democracia política; porque, si bien la prensa no debe traspasar ciertos límites para la protección de intereses vitales del Estado, tales como la seguridad nacional o la integridad territorial, a la prensa le corresponde la función de impartir informaciones e ideas sobre asuntos de interés político, incluso si ellos tienden a dividir a la población.⁸⁷

La expresión ‘*seguridad nacional*’ debe interpretarse de manera estricta, y suficientemente precisa, a fin de impedir que se le aplique arbitrariamente; ella sólo puede invocarse para restringir la libertad de expresión cuando exista una verdadera amenaza al Estado como tal, excluyendo el uso caprichoso de la misma. Desde luego, la seguridad nacional no se puede invocar como pretexto para

⁸⁷ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 58.

combatir a quienes disienten del gobierno, o para restringir la libertad de expresión de manera absolutamente desproporcionada con el fin legítimo al que esas restricciones dicen servir. Ni la seguridad nacional ni ningún otro tipo de consideraciones permiten suprimir la libertad de expresión, o restringirla en mayor medida que la permitida por la Constitución o por los tratados de derechos humanos ratificados por la República. Pero, en su afán por complacer a quienes ejercen el poder público, la sentencia 1.942, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, llevó esta categoría a niveles extremos, incompatibles con las disposiciones de la Constitución de Venezuela y con los valores de una sociedad democrática.

c) El orden público. En un caso de supuesta difamación que tenía como antecedente un largo y acalorado debate público sobre la investigación de denuncias sobre violencia policial en la ciudad de Bergen, en Noruega, la Corte Europea de Derechos Humanos constató que la recurrencia, la naturaleza, y la dimensión de la violencia policial habían sido investigadas por académicos calificados, por un comité de investigación, y por el Fiscal General, que el tema había sido objeto de controversia tanto en la literatura como en la prensa y en los tribunales, y que la misma Corte Suprema de Noruega había señalado que las expresiones controvertidas se referían a un asunto del mayor interés público; en consecuencia, la Corte reiteró su jurisprudencia, señalando que, en el Art. 10 N° 2 de la Convención Europea, hay muy poco margen para restringir la libertad de expresión política o el debate sobre cuestiones de interés público.⁸⁸ Además, cuando se están haciendo señalamientos de brutalidad policial, que puedan percibirse como una forma de difamación de una categoría de personas, no debe perderse de vista la necesidad de ejercer una estricta supervisión sobre el uso que se haga de la fuerza precisamente en nombre de la sociedad. Porque si bien los Estados tienen el monopolio de la fuerza para proteger la democracia y el Estado de Derecho, ese monopolio lleva consigo el riesgo de que se abuse de la fuerza, en detrimento de los mismos valores que se supone que la sociedad debe preservar; de manera que el abuso de la fuerza por parte de los oficiales encargados de hacer cumplir la ley no es, simplemente, uno de los muchos asuntos de interés general, sino que es un asunto del mayor interés en toda sociedad democrática, como se desprende de la adopción, en 1984, de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, seguida en 1985 por la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y en 1987 por la Convención Europea para la Prevención de la Tortura y los Tratamientos o Penas Inhumanos o Degradantes.⁸⁹

⁸⁸ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Nilsen and Johnsen v. Norway*, sentencia del 25 de noviembre de 1999, párrafo 46. Cfr., también, *Case of Wingrove v. the United Kingdom*, sentencia del 25 de noviembre de 1996, párrafo 58, y *Case of Sürek v. Turkey (N° 1)*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 61.

⁸⁹ Cfr., en este sentido, la opinión disidente de los jueces Kuris, Türmen, Stráznická and Greve, en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Nilsen and Johnsen v. Norway*, sentencia del 25 de noviembre de 1999.

Las leyes de desacato pretenden preservar el orden público precisamente limitando un derecho humano fundamental que es también internacionalmente reconocido como la piedra angular en que se funda la sociedad democrática.⁹⁰ La Comisión Interamericana rechaza que las leyes de desacato sean ‘*necesarias*’ para asegurar el orden público en una sociedad democrática. Según la Comisión, la protección especial que brindan las leyes de desacato a los funcionarios públicos contra un lenguaje insultante u ofensivo es incongruente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público; ello es especialmente así, teniendo en cuenta que el gobierno dispone de otros medios para responder a ataques injustificados, mediante su acceso a los medios de comunicación o mediante acciones civiles individuales por difamación o calumnia, que puede invocar cualquier persona, independientemente de su condición. A juicio de la Comisión, se puede concebir la protección del honor sin restringir la crítica a la administración pública.⁹¹ Si bien se admite la existencia de una zona de intervención legítima del Estado cuando la expresión de una opinión o de una idea (o de una información) interfiere con los derechos de los demás o constituye una amenaza directa y evidente para la vida en sociedad, en la arena política, el umbral para la intervención del Estado es necesariamente más alto, debido a la función crítica del diálogo político en una sociedad democrática. En consecuencia, a juicio de la Comisión, las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención.⁹²

En una opinión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, prohibir despertar sentimientos desfavorables en contra de quienes administran el Estado sería equivalente a prohibir discusiones que tengan ese efecto, lo que sería equivalente a proteger a quienes administran el Estado y que pudieran llegar a merecer el desprecio o el odio de la población.⁹³

iii. El caso de El Nacional: Las demandas civiles para acabar con la libertad de expresión. En su afán por tener el “monopolio comunicacional”, poco a poco, se fueron comprando medios de comunicación independientes, como *Globovisión* o *El Universal*, o se utilizaron vías indirectas para censurar y amedrentar a quienes no compartieran el proyecto político chavista. Pero no todos se doblegaron; *El Nacional* siguió resistiendo, debiendo convertirse en un medio digital. Pero el régimen no se detuvo allí. De nuevo valiéndose de los tribunales, en una sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia,⁹⁴

⁹⁰ *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – 1994*, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 1995, pág. 220.

⁹¹ Cfr. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – 1994*, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 1995, pp. 221.

⁹² Cfr. *ibid.*, pp. 222-223.

⁹³ Cfr. *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

⁹⁴ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 81, del 16 de abril de 2021.

en otra manifestación del ejercicio arbitrario del poder público, se determinó que *El Nacional* debe pagar a Diosdado Cabello una indemnización de más de trece millones de dólares, por concepto de “daño moral”. No me voy a detener en las irregularidades procesales de dicha sentencia, que se avocó al conocimiento de un asunto ya decidido, excediéndose en sus atribuciones, y revisando el monto de una condena por daño moral. Tampoco me referiré a la suspicacia que genera una sentencia de un tribunal que ignora su propia jurisprudencia, desestimando que el daño moral pueda ser indexado.

Veamos los hechos que generaron el supuesto “daño moral” causado al señor Cabello. Fue un capitán del ejército venezolano, de nombre Leamsi Salazar, quien había estado a cargo de la seguridad de Diosdado Cabello, y quien, luego de abandonar su cargo y pedir refugio en Estados Unidos, acusó a su antiguo jefe de estar involucrado en el narcotráfico. Esas declaraciones dieron origen a sendos reportajes de *The Wall Street Journal*⁹⁵ y del periódico español *ABC*,⁹⁶ en las que se indicaba que la Fiscalía Federal de los Estados Unidos preparaba una acusación formal en contra de Cabello. En Venezuela, *Tal Cual*, *La Patilla* y *El Nacional*, se hicieron eco de esa información y la reprodujeron fielmente, por ser de interés público, puesto que -en ese momento- Diosdado Cabello era la segunda figura más relevante del régimen, como presidente de la Asamblea Nacional y vicepresidente del PSUV, y puesto que dicha información reflejaba la percepción que, en ese momento, se tenía de Venezuela en el exterior. El simple hecho de que una acusación de narcotráfico -esa lacra que está destruyendo la mente y el alma de nuestros jóvenes- apuntara a las entrañas de quienes ejercen el poder en Venezuela, era un asunto del mayor interés público, del que los venezolanos tenían derecho a estar informados.

Esta sentencia, que refleja la subordinación de los tribunales venezolanos a los deseos de un demandante con poder político, está dirigida en contra de quien no es el autor de la información que se objeta; además, su monto exorbitante, es, por sí solo, una forma de censura, dirigida a silenciar el debate político. Esa demanda, acogida en la sentencia dictada por los tribunales venezolanos e indexada en la decisión de la Sala de Casación Civil del TSJ, superando los trece millones de dólares, está diseñada para amedrentar e intimidar a quienes pretendan hacer ejercicio de su libertad de expresión y comentar el comportamiento de quienes tienen las riendas del poder. Por esa vía, se intenta desnaturalizar la libertad de expresión, vaciándola del núcleo de su contenido, y privándola de su función contralora en una sociedad democrática.

Para los efectos de determinar si cualquier restricción de la libertad de expresión es procedente, el elemento decisivo es la naturaleza pública del asunto objeto de discusión. En el caso Nilsen, el juez Bugge, de la Corte Suprema de Noruega, en una opinión concurrente, rechazó que un académico que se involucra

⁹⁵ Edición del 27 de enero de 2015.

⁹⁶ Edición del 27 de enero de 2015.

en un debate de interés público, por ejemplo, a través de un libro de Derecho o de un artículo académico en que se acuse repetidamente a la policía de una ciudad de observar sistemáticamente una conducta criminal, disfrute de mayor protección que un político en lo que se refiere a un posible juicio por difamación.⁹⁷ A la inversa, en el caso que nos ocupa se dio más relevancia a la protección de la reputación de un dirigente político que al interés público del asunto objeto del reportaje de prensa que se denunciaba como difamatorio.

En nuestro sistema constitucional, la libertad de expresión ocupa un lugar demasiado importante como para sacrificarla en aras de la reputación de quien pueda ser mencionado como implicado en algún delito. Si había, en esos reportajes, alguna información inexacta o agravante, de acuerdo con la Constitución, quien se sintiera agraviado podía ejercer su derecho a réplica o rectificación. En democracia, así es como se mantiene un adecuado equilibrio entre la libertad de información y la protección de la reputación de las personas, particularmente si éstas son personajes públicos. Sin embargo, aunque se trataba de la reproducción fiel de información proporcionada por terceros, el señor Cabello optó por demandar civilmente a *Tal Cual*, *La Patilla* y *El Nacional*, y civil y penalmente a los dueños y directivos de los medios de información antes referidos. Curiosamente, no ha habido acciones judiciales similares en contra de las fuentes originales de dicha información: Leamsi Salazar, *The Wall Street Journal*, el *ABC*, o los periodistas Emili Blasco, Kejal Vyas y Juan Forero, autores del reportaje original. Puede que la razón para no hacerlo se deba a que, en tribunales independientes, el demandante hubiera tenido que entrar a discutir la veracidad de los hechos objeto del reportaje en cuestión.

Por su improcedencia, por su falta de fundamentos, por la falta de demostración de un daño moral y de la dimensión del mismo, o por su absoluta desproporción con el sueldo de un funcionario público, un médico o un profesor universitario (ni que decir con la indemnización por daño moral pagada a los familiares de cualquiera de los estudiantes asesinados en manifestaciones públicas pacíficas), esa sentencia puede considerarse un atraco a los propietarios de *El Nacional*. Pero, lo que está planteado no es, simplemente, la confiscación de las instalaciones, máquinas rotativas, y equipos de *El Nacional*. Pero no nos equivoquemos; el propósito de esta sentencia grotesca no era confiscar un medio de comunicación social. Con ella, lo que se confiscó es el derecho de todos a estar bien informados. Esta sentencia es un asalto a nuestras propias libertades, un saqueo a las garantías previstas en la Constitución, y la demostración más palpable de que, en Venezuela, vivimos en el reino de la arbitrariedad y la barbarie.

Sin duda, un mensaje falso sobre una persona, o una expresión ofensiva, puede causar daño a la persona agraviada. Expresiones de esa naturaleza pueden

⁹⁷ Cfr. la cita de esta sentencia, así como de la opinión concurrente del juez Bugge, en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Nilsen and Johnsen v. Norway*, sentencia del 25 de noviembre de 1999, párrafo 28.

afectar la actividad profesional del afectado, dañando su credibilidad o su prestigio ante el resto de la comunidad en que se desenvuelve, cerrándole oportunidades de empleo y comprometiendo su capacidad para ganarse la vida. Además, esas expresiones pueden causar un daño moral a la persona en contra de la cual se han dirigido; ese daño, que es esencialmente relativo, puede medirse en términos de la angustia y el sufrimiento que se le ha ocasionado con ellas a la persona afectada por las mismas. Pero ya hemos señalado que los daños al honor y a la reputación causados a un funcionario público, o a una figura pública, en relación con asuntos de interés público, son la consecuencia necesaria del debate franco y abierto inherente a una sociedad democrática. Los juicios por difamación, o las demandas por daño moral, quedan reservados para las relaciones entre particulares; lo contrario es una forma de interferir con el debate político, vaciando de contenido la garantía constitucional de la libertad de expresión. Sin embargo, eso es lo que se ha hecho en el caso de el periódico *El Nacional* y la demanda por daño moral alegada por Diosdado Cabello.

La Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso *New York Times Co. v. Sullivan*, hizo extensivo este criterio a otros funcionarios públicos (distintos de los jueces), agregando que “la crítica de la conducta oficial no pierde su protección constitucional simplemente porque sea una crítica efectiva y, en consecuencia, disminuya la reputación de sus oficiales.”⁹⁸ En este caso, un comisionado de policía demandó por difamación al citado periódico y a cuatro pastores protestantes negros que, el 29 de marzo de 1960, habían publicado un anuncio denunciando la persecución de las personas de raza negra en el sur de los Estados Unidos, así como la brutalidad policial de que eran víctimas, y solicitando respaldo en su lucha por obtener el derecho a votar. Aunque dicho comisionado de policía no era mencionado como personalmente responsable de la brutalidad policial, éste sostuvo que -en la medida que sus deberes incluían la supervisión de la policía- se le asociaría con esos comentarios críticos que se le hacían a ésta, y demandó civilmente al *The New York Times* y a cuatro de las personas que aparecían firmando el anuncio, por la suma de U.S. \$ 500.000 a cada uno, demanda que fue acogida por los tribunales del Estado de Alabama. No obstante, la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó esa sentencia, considerando que el anuncio en cuestión constituía “... una expresión de los motivos de queja y de protesta sobre uno de los temas de mayor importancia pública de nuestro tiempo, (y que) claramente parece calificar para la protección constitucional.”⁹⁹ En cuanto a si se pierde la protección constitucional por la existencia de afirmaciones falsas o erróneas -como las que, de hecho, había en el anuncio en cuestión-, la Corte observó que la protección constitucional de la libertad de expresión no depende de la verdad, popularidad, o utilidad social de las ideas y creencias que se ofrecen; en su opinión, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y deben estar prote-

⁹⁸ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

⁹⁹ *Ibidem*.

gidas si la libertad de expresión va a disponer del ‘*espacio para respirar*’ que ella necesita para sobrevivir.¹⁰⁰ Teniendo presente que el comisionado de policía había demandado civilmente y obtenido una indemnización civil por difamación, la Corte sostuvo que, lo que constitucionalmente un Estado no podía hacer por medio de su legislación penal, estaba igualmente fuera del alcance de su legislación civil por difamación; en opinión del tribunal, el temor a una indemnización civil podía ser marcadamente más inhibitorio que el miedo de una acusación penal.¹⁰¹ Además, la Corte observó que, en este caso, la indemnización civil conferida al demandante -sin necesidad de ninguna prueba de una pérdida pecuniaria efectiva- era mil veces más grande que la multa máxima prevista por la legislación penal del Estado de Alabama, y cien veces más grande que la que contemplaba la antigua -y ya derogada- ley de sedición; esa es una atmósfera en que la libertad de expresión no puede sobrevivir.¹⁰² Según la Corte, permitir como defensa el probar la verdad de lo que se afirma no significa que en esta forma se va a disuadir el discurso falso; bajo esa regla, eventuales críticos de la conducta oficial podrían verse disuadidos de expresar sus críticas, incluso si se cree que ellas son verdaderas, e incluso si ellas son -de hecho- verdaderas, debido a la duda de si se podrá probar en el tribunal, o al temor del costo de tener que hacerlo. En opinión del tribunal, tal regla desalienta el vigor del debate público y restringe su variedad.¹⁰³ A juicio de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la garantía constitucional de la libertad de expresión prohíbe a un funcionario público demandar daños por aseveraciones falsas que lo difamen si tales aseveraciones se refieren a su conducta oficial, a menos que pruebe que esa aseveración se hizo con ‘*mala intención*’ (‘*real malice*’) es decir con conocimiento de su falsedad, o con manifiesta indiferencia por su verdad o falsedad.¹⁰⁴ En las opiniones disidentes de los jueces Black, Goldberg, y Douglas, en este mismo caso, se sugiere que habría un derecho constitucional, incondicional y absoluto, a expresar opiniones críticas de la conducta oficial, de las agencias del Estado, y de funcionarios públicos, a

¹⁰⁰ Cfr. ibidem.

¹⁰¹ Cfr. ibidem.

¹⁰² Cfr. ibidem.

¹⁰³ Cfr. ibidem.

¹⁰⁴ Cfr. ibidem. Tanto en España como en América latina, una parte de la doctrina ha traducido literalmente la expresión ‘*real malice*’ como ‘*real malicia*’, o ‘*malicia real*’. Véase, por ejemplo, Rafael Saraza Jimena, *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 281. También, el *Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – 1999*, vol. III, Washington, D.C., 2000, p. 21. Cfr., también, Eduardo Andrés Bertoni, “*New York Times vs. Sullivan y la malicia real de la doctrina*”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos X*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2000, pp. 121 y ss. Jorge Bustamante Alsina, “*La libertad de prensa y la doctrina jurisprudencial norteamericana de la ‘actual malice’*”, en *Campus*, Año IV, N° XVI, octubre de 1997, Buenos Aires, pp. 5 y ss. Cfr., en este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional, Amparo Constitucional de *Elías Santana c. Hugo Chávez Frias y Teresa Maniglia*, sentencia del 12 de junio de 2001.

pesar del daño que pueda derivar de los excesos y abusos de este privilegio.¹⁰⁵ A juicio del Juez Goldberg, este privilegio absoluto del ciudadano para criticar la conducta oficial “no deja al funcionario público sin defensa frente a opiniones infundadas o relaciones de hechos equivocadas o falsas... El funcionario público tiene, ciertamente, igual -si no mayor- acceso que la mayoría de los ciudadanos particulares a los medios de comunicación.”¹⁰⁶ En todo caso, es de hacer notar que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha extendido la regla antes referida incluso a quienes no son funcionarios públicos; en efecto, ella ha sostenido que dicha regla también es aplicable a un candidato al cargo de evaluador tributario de un condado, y no sólo respecto de lo que se pueda calificar como ‘*conducta oficial*’, sino que respecto de cualquier conducta delictiva que se le atribuya a un funcionario público o a un candidato a un cargo público, sin importar lo remota que ella pueda ser en el tiempo o en el espacio, siempre que sea relevante para apreciar la idoneidad de esa persona para ocupar un cargo público.¹⁰⁷

a) La doctrina del reporte fiel. Sin perjuicio de la responsabilidad que le incumbe a la fuente original, la doctrina y la jurisprudencia han sugerido que quien se limita a reproducir lo expresado por otro está exento de responsabilidad. En caso contrario, se estaría inhibiendo el libre flujo de información, y se estaría convirtiendo al medio de comunicación en un agente de la censura. Los orígenes de esta institución se encuentran en una decisión de fines del siglo XVIII, en Inglaterra, en el caso *Curry v. Walter*, cuando el juez Eyre instruyó al jurado indicándole que, aunque lo reproducido en un periódico fuera objetivamente injurioso, si era un reporte fiel de lo ocurrido en los tribunales, dicha publicación no era ilegal.¹⁰⁸

En los Estados Unidos, esta excepción de responsabilidad se extiende a la relación de las actuaciones de todos los poderes públicos y, en algunos estados, incluso a las actuaciones de entes no gubernamentales relativos a cuestiones de relevancia pública. Históricamente, esta doctrina se remonta a 1854, cuando la legislatura del estado de Nueva York, en una ley que pretendía ser meramente declarativa del ‘*Derecho común*’, dispuso que ningún reportero, editor o propietario de un periódico sería civil o penalmente responsable por un reportaje fiel y veraz publicado en dicho periódico, excepto en los casos en que se probara malicia en dicho reportaje. Esta doctrina fue incorporada en el Código de Procedimiento Civil de 1930, eliminando la referencia a la malicia. En la jurisprudencia de los Estados Unidos, sus tribunales han sostenido que, cuando una organización prominente ha hecho serios cargos contra una figura pública, la libertad de expresión protege el reportaje fidedigno y exacto de esos cargos, independientemente del punto de vista del reportero sobre la veracidad de los mismos; porque el hecho noticioso es que esas acusaciones fueron hechas, y porque no puede exigirse a la

¹⁰⁵ Cfr. *ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Cfr. *Ocala Star-Banner Co. v. Damron*, 401 U.S. 295 (1971).

¹⁰⁸ *Curry v. Walter*, 126 English Reports – Full Reprint, 1046 (C.P. 1796).

prensa que, por el simple hecho de tener dudas sobre la seriedad o veracidad de esas acusaciones, ignore y suprima el hecho de que ellas efectivamente se formularon.¹⁰⁹ Por consiguiente, el derecho a la información requiere que se garantice a la prensa la suficiente libertad como para informar sobre ese tipo de afirmaciones, sin tener que asumir la responsabilidad por el contenido de las mismas.

Recogiendo la tesis del reporte fiel, en el caso *Thoma v. Luxembourg*, en que un periodista que fue sancionado por hacer alegaciones ofensivas respecto de un funcionario público sostenía que se había limitado a citar por la radio lo que se decía en un artículo escrito por otro periodista, la Corte Europea de Derechos Humanos reitera que el castigo por asistir en la diseminación de afirmaciones formuladas por otra persona obstaculizaría seriamente la contribución de la prensa a la discusión de asuntos de interés público, y que, en principio, dicho castigo no debería contemplarse, a menos que hubiera razones muy poderosas para hacerlo.¹¹⁰ Según el citado tribunal, exigir de los periodistas que, para no exponerse a una sanción, deban mostrar formalmente su desacuerdo con el contenido de una cita que pueda insultar o provocar a otros, o que pueda dañar su reputación, no es reconciliable con el papel que le corresponde a la prensa en cuanto a proporcionar información sobre acontecimientos actuales, opiniones, e ideas.¹¹¹ En particular, la Corte considera que sancionar a un periodista que sistemáticamente tuvo la precaución de señalar que estaba haciendo una cita, indicando el nombre del autor de la misma, e indicando que el artículo objeto de sus comentarios estaba redactado en un lenguaje muy fuerte, constituye una violación de la libertad de expresión.¹¹²

b) La determinación de los daños. En general, en el Derecho comparado se contempla la indemnización civil del daño -ya sea material o moral- causado por las expresiones injuriosas o agraviantes emitidas por el autor del mensaje. En las acciones por difamación, una indemnización pecuniaria opera como una reivindicación, que permite convencer a un tercero de la falta de fundamento de la acusación dirigida en contra de la persona difamada, y como una reparación por el daño moral que se le causó al lesionar sus sentimientos. Al medir la dimensión del daño causado, esa compensación tiene que tomar en consideración, *inter alia*, la falsedad de lo afirmado, la ausencia de una disculpa, y la mala intención con que haya actuado el autor de esas expresiones. Puesto que la difamación es el acto de desacreditar a una persona, lesionando su reputación, si se prueba la publicación o difusión de expresiones difamatorias se puede asumir, como una consecuencia necesaria, que se ha causado un daño a la reputación de la persona difamada, el cual tendrá que ser reparado; pero el monto de los daños a indemnizar dependerá

¹⁰⁹ Cfr., en este sentido, *Dun & Bradstreet Inc. v. Greenmoss Builders Inc.*, 472 U.S. 749 (1985).

¹¹⁰ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Second Section, *Case of Thoma v. LuxembourgTurkey*, sentencia del 29 de marzo de 2001, párrafo 62.

¹¹¹ Cfr. *ibid*, párrafo 64.

¹¹² Cfr. *ibid*, párrafos 64 y 66.

de varios factores, incluyendo la naturaleza y gravedad de la injuria, la extensión que haya alcanzado la diseminación del mensaje difamatorio, la posición social del afectado, la lesión a sus sentimientos, y la existencia de cualquier daño adicional infligido por la conducta del autor del mensaje, todo lo cual tendrá que ser probado. Por otra parte, en la medida en que se asume que las palabras difamatorias son falsas, el autor del mensaje puede defenderse probando la veracidad de las mismas, si no en todos sus detalles, por lo menos en sus aspectos sustanciales. En todo caso, el monto de las reparaciones a pagar debe estar en armonía con los daños efectivamente probados, y nunca puede ser un medio desproporcionado para inhibir el debate político.

Por otra parte, además del daño, habrá que probar, si no el ánimo de injuriar, el dolo o la culpa del mensaje supuestamente difamatorio. En este sentido, la Corte Suprema de Argentina ha sostenido que

el derecho de informar no escapa al sistema general de responsabilidad por daños que su ejercicio pueda causar a terceros. Por tanto, si la información es lesiva al honor, el órgano de difusión debe responder por el daño moral causado a terceros. En tal caso, comprobado el exceso informativo, quien pretenda el resarcimiento deberá demostrar la culpa o negligencia en que incurrió el informador conforme al régimen general de responsabilidad por el hecho propio que contiene la fórmula del Art. 1109 del Código Civil... En efecto, no existe en el ordenamiento legal de nuestro país un sistema excepcional de responsabilidad objetiva para aplicar a la actividad supuestamente riesgosa de la prensa. Si así fuera, el deber de resarcir debería imponerse ante la sola comprobación del daño. Por ello, en el sistema legal vigente es imprescindible probar aun el factor de imputabilidad subjetivo, sea la culpa o el dolo de la persona u órgano que dio la noticia o publicó la crónica.¹¹³

Según Jorge Bustamante, del texto citado se desprende que, en todos los casos en que se promueva una acción en contra de un órgano de comunicación social por daños que éste hubiere causado a un tercero, el demandante deberá probar siempre el factor subjetivo de imputabilidad, en su forma de dolo o culpa.¹¹⁴ No hay una responsabilidad objetiva aplicable a la actividad supuestamente riesgosa de la prensa que, por lo demás, cumple una función pública; además, ni el dolo ni la culpa se presumen.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha observado que, si bien las penas posteriores de multa no impiden que la expresión, “equivalen, no obstante, a una censura, que posiblemente lo disuada de formular críticas de ese tipo en el

¹¹³ *Pérez Arriaga c/ Arte Gráfica Editorial Argentina S.A., y Pérez Arriaga c/ La Prensa S.A.*, citados por Jorge Bustamante Alsina, en “*La libertad de prensa y la doctrina jurisprudencial norteamericana de la ‘actual malice’*”, en *Campus*, Año IV, N° XVI, octubre de 1997, Buenos Aires, pp. 7 y sig.

¹¹⁴ Cfr. “*La libertad de prensa y la doctrina jurisprudencial norteamericana de la ‘actual malice’*”, en *Campus*, Año IV, N° XVI, octubre de 1997, Buenos Aires, p. 10.

futuro.”¹¹⁵ El temor a sanciones -penales o civiles- necesariamente desalienta a los ciudadanos a expresar sus opiniones sobre problemas de interés público, en especial cuando la legislación no distingue entre los hechos y los juicios de valor.

iv. El acceso a la información

El artículo 143 de la Constitución dispone que

“Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a ser informados e informadas oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados e interesadas, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias públicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad.”

Aunque no se ha dictado esa ley que regule la clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto a que se refiere la disposición constitucional antes citada, desde la llegada al poder de este régimen, a pesar de largas y tediosas cadenas de radio y televisión, se acabó con las ruedas de prensa en que cualquier periodista podía preguntar sobre asuntos de interés público sin ser objeto de escarnio, y se cerró el acceso a información pública. A pesar de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 57 de la Constitución y por el artículo 143 de la misma, con el aval del poder judicial, distintas dependencias del Estado se niegan a dar información sobre los asuntos bajo sus responsabilidades, tendiendo un mando de oscuridad sobre el estado de los asuntos públicos, o sobre la forma cómo la administración está gestionando dichos asuntos. En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia justificó la negativa de la Contraloría General de la República a otorgar información sobre las remuneraciones del Contralor General de la República y demás funcionarios de esa dependencia – por tratarse de asuntos relativos a la vida privada de las personas-, y determinó, “con carácter vinculante”, que para acceder a información era necesario que el solicitante de la información manifestara expresamente las razones o los propósitos por los cuales requería dicha información, y que la magnitud de la información solicitada fuera proporcional a la utilización que se pretendiera dar a la misma.¹¹⁶ Según la sentencia, los datos relativos a los ingresos y remuneraciones de los funcionarios públicos “forman parte de su intimidad” y afirma que “en

¹¹⁵ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Lingens v. Austria*, sentencia del 8 de julio de 1986, párrafo 44.

¹¹⁶ Cfr. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 745, del 15 de julio de 2010, recurso de amparo de la Asociación Civil Espacio Público.

Venezuela, al igual que en Brasil, no existe una ley general que obligue a que se hagan públicos los salarios de los funcionarios del gobierno”; según la citada sentencia, no se habría acreditado cómo la información solicitada sería de utilidad para la participación ciudadana en pro de la transparencia de la gestión pública, y no existía un título legítimo para invadir el derecho a la intimidad del funcionario. La sentencia no sólo distinguió donde la Constitución no distingue respecto del derecho de acceso a la información, sino que ignoró la naturaleza pública de la información que se pedía. El sueldo de los funcionarios públicos es pagado con dinero público y, por lo tanto, los ciudadanos tienen derecho a conocer su monto, para asegurarse que quien administra esos recursos no está cometiendo un abuso de poder. Como ciudadanos, tenemos derecho a conocer si el sueldo que se paga a un policía o un juez es proporcional a la importancia de su función, sin que, para poder subsistir, se vea empujado a cometer actos de corrupción; como ciudadanos, tenemos derecho a conocer la diferencia que existe entre el sueldo del más alto funcionario del Estado y el de un maestro de escuela, un miembro del personal sanitario, o el empleado encargado del aseo de una dependencia pública. El sueldo y demás remuneraciones del Contralor General de la República no son un asunto privado, sino un asunto de interés público, pues no tendría sentido que ese sueldo fuera superior al del Presidente de la República o incluso de un ministro de Estado. Del mismo modo que un General de División no puede ganar menos que un sargento, tampoco es un asunto privado que un funcionario de rango medio tenga un sueldo más alto que el rector de una universidad pública, o que el presidente de PDVSA. Pero la Sala Constitucional no quiere que conozcamos el sueldo y demás remuneraciones del Contralor General de la República, porque eso supondría que también tenemos derecho a conocer las remuneraciones de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.

En un caso en el que se pedía información sobre irregularidades cometidas en la compra de medicinas a Cuba y en el almacenamiento y distribución de dichas medicinas, sin recurrir al pretexto de la vida privada de los funcionarios, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia negó el acceso a dicha información porque eso podía entorpecer la eficacia de la administración, al obligar a dedicar tiempo y recursos humanos a responder a esas solicitudes de información. Según la sentencia,

“peticiones como las de autos, donde se pretende recabar información sobre la actividad que ejecuta o va a ejecutar el Estado para el logro de uno de sus fines, esto es, la obtención de medicinas en pro de garantizar la salud de la población, *atenta contra la eficacia y eficiencia que debe imperar en el ejercicio de la Administración Pública*, y del Poder Público en general, debido a que si bien toda persona tiene derecho a dirigir peticiones a cualquier organismo público y a recibir respuesta en tiempo oportuno, no obstante *el ejercicio de ese derecho no puede ser abusivo de tal manera que entorpezca el normal funcionamiento de la actividad administrativa* la cual, en atención a ese tipo de solicitudes genéricas, tendría que dedicar tiempo y recurso humano a los fines de dar explicación acerca de la amplia gama de actividades

que debe realizar en beneficio del colectivo, situación que obstaculizaría y recargaría además innecesariamente el sistema de administración de justicia ante los planteamientos de esas abstenciones.”¹¹⁷

Esta vez fue la Sala Político Administrativa del TSJ la que, ignorando el texto expreso de la Constitución -que no somete el derecho de acceso a la información a consideraciones de oportunidad o conveniencia, y que tampoco hace depender el ejercicio de ese derecho del costo que pueda tener para el Estado-, ha decidido negar a los ciudadanos acceso a información del mayor interés público. Lo *abusivo* no es pedirle a la administración que informe de sus actos, sino el que la administración pretenda operar en medio de la oscuridad, sin dar explicaciones del estado de los asuntos públicos, de las medidas adoptadas para abordarlos, o de las razones para adoptar una decisión y no otra. Lo *abusivo* no es hacer ejercicio de un derecho que, por algo, está expresamente previsto en la Constitución, sino impedir su ejercicio y vaciarlo de contenido.

v. El control de las redes sociales. El anunciado control de las redes sociales no se ha quedado en la teoría. El 31 de marzo de 2021, por instrucciones del Ministerio Público, se detuvo a la escritora Milagros Mata Gil y a su esposo, el poeta Juan Manuel Muñoz, ambos acusados de “instigación al odio”, por publicar un comentario satírico de una fiesta de bodas en la que participó un alto funcionario del régimen. Desde luego, cada cual es dueño de hacer con su dinero lo que le plazca. Pero, en medio de una Venezuela empobrecida, era perfectamente legítimo comentar la celebración de una fiesta ostentosa, a la que asistía un alto funcionario del Estado. Además, la pandemia, que está poniendo a prueba nuestro sistema de salud pública, con medidas sanitarias que exigen distanciamiento social y precauciones para evitar nuevos contagios, hacía pertinente mencionar el número de personas contagiadas como consecuencia de esa fiesta, incluso si la cifra indicada no era la correcta. Que ese relato se hiciera en forma satírica, o que pudiera gustar o no gustar a más de alguien, no le restaba interés público, ni lo hacía menos apropiado, ni menos merecedor a la garantía constitucional de la libertad de expresión. En un país desbordado por el hampa, la guerrilla, el narcotráfico, y la corrupción administrativa más escandalosa, sorprende la diligencia para detener a un poeta y a una novelista, por un comentario que, posiblemente, ya estaba en boca de muchos, y que, sin causar daño, nos advertía de lo que estamos haciendo mal. Pero lo más notable es que dicho comentario se había difundido en un grupo de *WhatsApp*, que es como si fuera una conversación privada. Habrá que estar advertidos de que el hermano mayor, de la novela de Orwell (1984), nos está vigilando; y habrá que tomar nota de que, si alguna vez se garantizó la libertad de expresión en Venezuela, realmente no era en serio.

¹¹⁷ Sentencia N° 1.177, de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, del 6 de agosto de 2014, recaída en el recurso por abstención conjuntamente con solicitudes cautelares de amparo constitucional y medida innominada contra la Ministro de Salud, interpuesto por Carlos Correa y la Asociación Civil espacio Público.

vi. La acusación de traición a la patria como método de censura. El régimen venezolano ha hecho uso del Código Penal y de todas las leyes a su alcance (sean constitucionales o no), para intimidar y amedrentar a los ciudadanos, obligándolos a guardar silencio sobre asuntos del mayor interés público. Uno de los tantos delitos que se invoca, para este efecto, es el delito de traición a la patria. En esa forma, se podrá haber logrado el efecto que se quería, pero se ha desnaturalizado una figura penal reservada para casos muy graves, en que uno de los suyos atenta contra los más altos intereses de la República; pero, acusar de traición a la patria a ciudadanos preocupados por el destino de los asuntos públicos, que dedican su tiempo y su esfuerzo a trabajar por el bienestar general, es trivializar la noción misma de lo que es la patria.

En uno de los episodios más recientes, el 2 de julio de 2021, tres miembros de una ONG de derechos humanos, FUNDAREDES, que opera en San Cristóbal y otras zonas fronterizas de Venezuela, fueron detenidos y acusados de traición a la patria, por difundir información sobre la presencia de guerrilleros colombianos en el estado Apure. Así, no sólo se coarta la libertad de expresión, sino que se criminaliza su ejercicio.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La libertad de expresión es el oxígeno de la democracia; la una no se concibe sin la otra. Por eso, la libertad de expresión es siempre la primera víctima bajo los regímenes tiránicos. La libertad de expresión es un elemento vital del liberalismo, entendido éste en su sentido más genuino, como la defensa de las libertades individuales y no como la defensa del libre mercado. Desde su llegada al poder, hace 22 años, valiéndose de distintos medios, trozo a trozo, el chavismo nos ha despojado de nuestras libertades en general, y de la libertad de expresión en particular. Poco a poco, el régimen ha vaciado de contenido la garantía constitucional de la libertad de expresión.

Si se acepta que la preocupación de los liberales por los derechos humanos es como el viento de proa soplando en la cara del barco que es el Estado,¹¹⁸ lo cierto es que, en democracia, la libertad de expresión impide que ese barco pueda viajar tan rápido como sus gobernantes quisieran, o en la dirección que a ellos les plazca; pero ese nunca ha sido un problema para los déspotas, cuya primera víctima siempre ha sido la libertad de expresión. Durante estos últimos veintidós años, el régimen venezolano no ha entendido el significado de la libertad, en su sentido más amplio, y menos el de la libertad de expresión; pero sí ha sabido conjugar los verbos prohibir, perseguir y castigar, particularmente -aunque no exclusivamente- en la persona de quienes disiente de su proyecto político. Con suma paciencia, golpe a golpe, el régimen venezolano ha hecho trizas la garantía constitucional de la libertad de expresión, y ha pulverizado la piedra angular de una sociedad democrática.

¹¹⁸ Frase atribuida a Spiro Agnew.

11. LA INJUSTICIA PENAL VENEZOLANA

Alberto ARTEAGA SÁNCHEZ*

La realidad de la justicia penal, como se ha dicho tantas veces, se constituye en la expresión más fiel de la vigencia efectiva del estado de derecho. La colectividad reclama por los hechos punibles cometidos y, ante esta legítima exigencia conspiran, por igual, la impunidad, su utilización como instrumento de venganza o su manipulación para servir a intereses del poder.

Aunque sea muy duro confesarlo, en Venezuela sobrevivimos sin justicia penal, ahora en “estado anómico persistente”, que se refleja en más del noventa por ciento de impunidad o de ausencia de sanción por delitos cometidos y un aparato lento e ineficiente de administración de injusticia que se ensaña con quienes pertenecen a la clase marginal y, lamentablemente, en número creciente, por quienes se encuentran anotados en la lista de los disidentes o “desestabilizadores del sistema”.

1. DEL DERECHO PENAL GARANTISTA AL DERECHO PENAL DE GUERRA

1.1. El respeto absoluto a los derechos humanos es una exigencia fundamental de un estado de derecho o de sujeción a la ley por encima de la voluntad de quien ejerce el poder y que, por ello, dado su liderazgo, producto de la voluntad colectiva, está al servicio de la comunidad en procura del bien de todos.

En este contexto, ante las más graves transgresiones que afectan, por tanto, bienes o valores fundamentales para la convivencia social, en el ejercicio del **ius puniendi**, el Estado, como **ultima ratio**, superadas las etapas de la venganza privada o del criterio del talión, recurre a la amenaza de las sanciones más severas o

* Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela.
Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

penas que pueden recaer sobre una persona, y, en nuestro caso, restringir el bien máspreciado después de la vida, como es la libertad. La normativa que prevé estas transgresiones o delitos y la forma de hacer efectiva su voluntad concreta el campo del derecho sustantivo y procesal penal, con las exigencias, por su función, de cuidar, con el máximo celo, los derechos del ciudadano y prevenir los abusos del poder que pueden desencadenar un verdadero “terror penal”, como fácil recurso para amedrentar a la ciudadanía, bajo falsos alegatos de velar por la seguridad jurídica y personal, por la integridad de la nación, por la estabilidad institucional o, simplemente, por el bien de la República, convirtiéndonos a todos en potenciales “delincuentes”.

1.2. Por esta razón, la normativa penal ha sido revestida con rigurosos principios respaldados por la Constitución y reflejados en las leyes, los cuales tienen el cometido de fijar los límites de la “amarga necesidad” de su existencia.

En el plano del derecho penal sustantivo, contra el peligro de la arbitrariedad y el manejo abusivo del poder del Estado en perjuicio del ciudadano, resulta imprescindible el respeto a los principios de legalidad, del hecho, del bien jurídico, de la culpabilidad y de la pena humanitaria.

El principio de legalidad exige que los delitos y las penas se encuentren descritos en una ley formal previa, emanada, por tanto, de la Asamblea Nacional, con contornos precisos y sin posibilidad de recurrir a la analogía para crear hechos delictivos o aplicar sanciones, todo ello, de forma tal que el ciudadano tenga la plena certeza sobre los hechos por los cuales puede ser castigado.

El principio del hecho implica que el delito se manifieste en un hecho concreto, en un comportamiento externo determinado o individualizado que se constituye en un episodio de la vida de un ciudadano, no siendo punible por su personalidad, modo de ser, condiciones o tendencias, de libre apreciación y sujetas al arbitrio de quien juzga.

El principio del bien jurídico supone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico o valor cuya existencia se considera imprescindible para la vida social.

El principio de culpabilidad, por su parte, hace necesaria la pertenencia del hecho a su autor que lo ha llevado a cabo, como expresión de una voluntad culpable, a título de dolo o de culpa, expresión de un juicio de reprochabilidad personal, sin que tenga cabida una mera responsabilidad objetiva por el hecho causado.

Y, por último, el principio de la pena humanitaria impone la ausencia de todo signo de crueldad en la sanción, incompatible con la dignidad del ser humano.

Por supuesto, estos principios se complementan con las garantías procesales que se traducen en el debido proceso y el respeto absoluto al derecho a la defensa, a la presunción de inocencia y, en consecuencia, al derecho a ser juzgado en libertad.

Entre nosotros, estos principios y exigencias han sido marginados para darle entrada a un derecho penal sin garantías, omnicompreensivo, con normas emana-

das del Poder Ejecutivo, por las cuales se pretende sancionar, en franca regresión a la Ley sobre Vagos y Maleantes, de infausta recordación, no por hechos concretos, sino por actitudes, sospechas o, simplemente, por una supuesta “peligrosidad” que se infiere de la condición apreciada de ser “disidente” o sujeto que representa una amenaza para el poder constituido, todo esto echando mano a tipos penales abiertos, de expresión, de evidente y calificada naturaleza política (traición a la Patria, delitos de desacato o de ofensas a funcionarios públicos, conspiración, instigación al odio, resistencia a la autoridad), con la invocación del delito de “Asociación”, acuñado a todo perseguido político, en descabellada referencia al artículo 37 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento del Terrorismo, con la indebida aplicación de dispositivos penales contenidos en la maraña de decretos-leyes especiales que, por lo demás, contradicen abiertamente nuestro texto constitucional y se colocan al margen de las exigencias garantistas antes enunciadas.

Este es el cuadro muy apurado de las armas del derecho penal de guerra, según el cual, la persecución penal se justifica por el simple hecho de hacerla valer contra quien resulta marginado por el régimen o asume posiciones que aparecen como incompatibles con los designios del poder.

2. EVIDENCIAS DEL DERECHO PENAL DE GUERRA EN VENEZUELA: REFORMAS PENALES, JUSTICIA DE “PLASTILINA”, “LEY DEL ODI” Y “JUSTICIA MILITAR”. ALGUNAS DECISIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Son muchas las evidencias o trazos de este derecho penal de guerra en Venezuela. Solo me referiré a tres aspectos que considero de particular importancia y que dejan en claro el rumbo marcado, que tiende a su reafirmación ante un nuevo anuncio de reformas penales, expresión del fetichismo legal, pero que ya hacen prever el incremento represivo y la legitimación de criterios ya fijados a los fines de continuar acentuando la persecución penal, al margen de la protección del ciudadano ante el poder del Estado.

2.1. El primer aspecto toca a las reformas del Código Penal de 2005 y del Código Orgánico Procesal Penal de 2012.

La reforma penal de 2005 del Código Penal Venezolano, impugnada inclusive por el Fiscal Isaías Rodríguez, le asestó un golpe mortal al viejo y noble Código Penal Venezolano, inspirado en el Código de Zanardelli de 1889, de orientación liberal, bajo la influencia de las ideas del Iluminismo, propios de su época y que, en particular, con esta reforma, resultó desfigurado y modificado para apuntalar, a conveniencia, algunos delitos contra la Patria o los poderes públicos, repotenciar tipos penales de desacato y sancionar de manera más severa, con incriminaciones abiertas, las más diversas formas de protesta ciudadana y de comunicación social, a través de los medios, con el claro objetivo de mantener,

bajo la amenaza penal, manifestaciones de la libertad de expresión, incrementando además injustificadamente las penas para los delitos de difamación e injuria¹.

De la misma manera, el Código Orgánico Procesal Penal, en particular, la reforma de 2012, impuesta por Decreto del Ejecutivo y no aprobada por ley formal de la Asamblea, simplemente, en franco retroceso², prácticamente, puso fin al sistema acusatorio y garantista, instaurado en 1998, afectando los derechos del imputado; reforzando la actuación policial y disminuyendo atribuciones del Ministerio Público; eliminando el escabinado, con lo cual quedó sin efecto alguno la participación ciudadana en la función jurisdiccional; dando cabida a juicios en ausencia; limitando los derechos de las víctimas; y, lo que es muy importante, borrando las referencias a las asociaciones de derechos humanos a los fines de la ayuda y protección a estas, contando con el “respaldo” de una Defensoría del Pueblo que, como es bien sabido, se ha convertido, en muchos casos, en exclusiva caja de resonancia del gobierno. Pero, no solo todo esto, sino que se modificaron desfavorablemente las condiciones para las fórmulas alternativas a la prisión y el propio régimen para los mayores de 70 años, ya establecido por el Código Penal, en materia que solo a este compete, en reformas que no pueden aplicarse contra la progresividad de los derechos, la sana interpretación de la ley y los mandatos del artículo 272 de la Constitución, letra muerta en materia penitenciaria.

2.2. El segundo aspecto tiene que ver con el sesgo de la aplicación normativa penal, en sus manifestaciones de la “justicia de pastilina”, la “justicia militar” y la “ley del odio”.

Al margen de la Constitución y al amparo de una apariencia de legalidad, se han impuesto, entre nosotros, procedimientos de hecho, interpretaciones erradas y prácticas lesivas a las garantías judiciales que han pretendido justificar la figura abominable de los “patriotas cooperantes”, testigos sin rostro, órdenes de aprehensión o de captura sin medida judicial privativa de libertad, flagrancia sin sorpresa en la comisión de un delito o la pena anticipada de prisión preventiva prolongada **sine die** por la ley implacable del diferimiento, de absoluta y plena vigencia en un sistema de justicia, cuya norma suprema parece ser que no hay justicia, sobre lo cual trataremos más adelante y que se refleja en la trágica realidad penitenciaria.

Este conjunto de interpretaciones sesgadas y de prácticas o criterios que se imponen con la fuerza del poder, evidentemente, encuentran su explicación en la realidad incontrastable de un poder judicial sin autonomía ni independencia, triste herencia, por lo demás, de una deuda de la República con la justicia, que si bien puede vanagloriarse de haber tenido jueces ilustres que han honrado su

¹ Arteaga Sánchez, Alberto, Derecho Penal Venezolano, 12ª edición, Álvaro Nora Editor, Caracas, 2012, págs. 35-36.

² Sobre este tema, in extenso, véase, Vásquez González, Magaly, ¿Evolución o involución del Derecho Procesal Penal Venezolano? Trabajo de ascenso, U.C.A.B., Caracas, 2020 (en imprenta).

noble encomienda y le han dado brillo a la administración de tan preciado bien, se encuentra hoy postrada, dependiente de intereses que le son ajenos y sometida a “órdenes de arriba” que nadie logra precisar, lo que dio lugar a que un ex-magistrado, en el vértice del poder judicial, definiera la justicia como de “plastilina” y confesó haber recibido órdenes superiores a los fines del ejercicio de su función judicial. Así, según entrevista que reseñó El Nacional el 19-4-2012:

“preguntado sobre el poder judicial y su funcionamiento, respondió: Quizás muchas de las cosas que suceden en el poder de ahorita existieron bajo mi responsabilidad. Pero una vez que yo vi que me midieron con la misma vara y el mismo metro con el que miden a los demás dije: esto no es la justicia que se proclama, esta no es la justicia que debe ser, esta no es la justicia constitucional; en relación a la manipulación de casos, señaló: A mí me pedían favores y yo los ejecutaba y ¡Ay del Juez que se negara a ejecutarlo! y sobre algún caso concreto, manipulado, confesó: fueron bastantes. El único que recuerdo fue un caso en Maracaibo buscaron a un preso, lo encapucharon y lo pusieron como testigo para que dijera que ese señor había sido quien dio la orden; y finalmente, interrogado sobre ¿Qué le diría a la jueza María de Lourdes Afiuni, remató su declaración: que es una mujer muy valiente, que ella es de las juristas que representan bien el sistema judicial”³.

Este doloroso y trágico testimonio da cuenta de la dependencia y subordinación del poder judicial a intereses que le son ajenos, lo cual guarda relación con el acatamiento de la “sentencia condenatoria” previa del Ejecutivo a la Jueza María de Lourdes Afiuni, mensaje inequívoco a todos los administradores de justicia.

La jueza Afiuni fue encarcelada, procesada y juzgada por cumplir con su deber y dictar una decisión en ejercicio de su cargo, acusada por el delito de corrupción propia, no por haber obtenido algún beneficio económico, ni de otra índole, para ella o un tercero, en su nombre, sino por la satisfacción que se concretó en haberle otorgado la libertad a un ciudadano, de conformidad con la Constitución y el Código Orgánico Procesal Penal, en un supuesto hecho de “corrupción espiritual” que solo puede tener como precedente el alegato de un pretendido caso de “peculado espiritual” mencionado fugazmente en el pasado en el juicio político a un Presidente de la República.

Pero no puede dejar de mencionarse también el comportamiento meritorio, digno y, en nuestras circunstancias, muestra de un valor excepcional, de administradores de justicia que han cumplido bien y fielmente con su misión, como es el caso de jueces como Ana María Ruggieri, Juan Carlos Apitz y Perkins Rocha, de la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo; de jueces penales que, por actuar según su conciencia y convencidos de su apego al derecho, como Mercedes Chocrón, Jesús Ollarves y Angel Zerpa, fueron destituidos o “suspendidos” en el

³ El texto aparece en El Nacional, del 19-4-2012. Sobre esta entrevista publiqué varios artículos, entre otros, Arteaga Sánchez, Alberto, La confesión de Eladio Aponte, El Universal, 24-3-2012.

ejercicio de sus funciones; o de otros jueces a quienes se les aceleró su jubilación, fueron marginados, al no contar con su adhesión y dejaron constancia, en decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, de sus votos salvados, como es el caso de Blanca Rosa Mármol y Pedro Rondón Haaz.

No menos condenable ha sido la práctica de someter a civiles a la **jurisdicción militar**, ante la disposición constitucional contenida en el artículo 261, por la cual, “la competencia de los tribunales militares se limita a delitos de naturaleza militar”, hechos punibles, por lo tanto, que solo pueden ser cometidos por militares activos, sujetos a los deberes de obediencia, subordinación y disciplina⁴, no poniendo ningún civil, en ningún caso, ser juzgado por tribunales militares.

Otra muestra de la vertiente belicista de desconocimiento de los derechos ciudadanos, instrumento que hoy sirve para el más claro ataque a cualquier forma de expresión adversa al poder, se encuentra contenida en la denominada “ley constitucional contra el odio, la convivencia pacífica y la tolerancia” o, simplemente, la “ley del odio” (G.O. del 8-11-2017). Este instrumento, a mi juicio, no es ley, ni es constitucional, ni es contra el odio. Fue decretada por una “constituyente” no convocada por un referéndum popular (artículo 347), encontrándose vigente la Constitución de 1999, que dispone que la materia penal es de la competencia exclusiva del Poder Público Nacional y corresponde a la Asamblea Nacional legislar sobre ella. Por tanto, se ha violado el principio de legalidad, por lo que respecta a la reserva legal, encontrándonos ante una simple apariencia de juridicidad.

Pero, además, si bien no cabe -en principio- estar en desacuerdo con la sanción a verdaderos crímenes de odio o discriminación a determinados grupos de la sociedad por conductas que afecten gravemente la convivencia, la paz social y el respeto a la dignidad de las personas, debiendo resaltarse que lo más importante es la acción pedagógica de formación en esta materia y el destierro de los odios y de los odiados como motor de la acción política y de una tradición que arrastramos en Venezuela, otra cosa es servirse del alegato del odio para sancionar por opiniones, pensamientos, ideas políticas o críticas al poder o a sus actuaciones, apelando a tipos delictivos como el de incitación al odio de la sedicente ley, la cual ya ha tenido sostenida aplicación para encarcelar o perseguir a disidentes políticos, adversarios o críticos de la gestión de gobierno o de la actuación de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, con relación a la cual el Informe de la Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos de la O.N.U., recomendó textualmente: “derogar” la ley contra el odio de la Asamblea Nacional Constituyente y cesar el enjuiciamiento penal en virtud de esta ley, incluso contra disidentes políticos y los periodistas”⁵.

⁴ Tanto la Sala Constitucional, a partir del año 2002, como la de Casación Penal, asumieron este criterio que, a través del tiempo, ha tenido oscilaciones y variantes, con evidentes y manifiestas contradicciones.

⁵ Informe de la Misión Internacional de Determinación de los Hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, establecida por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU el 27-9-2019, publicado el 17-9-2020 y extendido su mandato por dos años más.

El tipo penal incluido en la mencionada “ley”, en su artículo 20, sanciona a “quien públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública fomente, promueva o incite al odio, la discriminación o la violencia contra una persona o conjunto de personas, en razón de su pertenencia real o presunta a determinado grupo social, étnico, religioso, político, de orientación sexual, de identidad de género, de expresión de género o cualquier otro motivo discriminatorio, será sancionado con prisión de 10 a 20 años, sin perjuicio de la responsabilidad civil y disciplinaria por los daños causados”.

Se trata, sin duda, de una norma penal que, por su vaguedad y amplitud, es contraria al principio de legalidad, en su vertiente de la **lex certa**, pretendiendo sancionar por cualquier motivo discriminatorio, y con la referencia genérica a incitar o promover sentimientos de “odio” o de “violencia”, indefinidos, subjetivos y, por tanto, caldo propicio para la arbitrariedad.

Por lo demás, una norma como esta, inclusive aceptando su apariencia de legalidad, exigiría ser interpretada en forma restrictiva, por la mayor protección a los derechos humanos, como lo prevé el propio artículo 6 del instrumento in commento, tomando en cuenta que, evidentemente, el tipo penal de la incitación al odio impondría su necesaria limitación, conforme a exigencias garantistas, precisándose que se debe tratarse de conductas que sean idóneas para provocar acciones discriminatorias de violencia, con peligro concreto para la convivencia y la paz social.

Por supuesto, no cabe aplicar esta norma por opiniones, pensamientos, ideas políticas y, en forma alguna, por las descarnadas críticas que puedan ser formuladas en el ejercicio legítimo de los derechos que se consagran en un sistema de libertades, como es el caso de adversar políticas públicas, exponer y rechazar la actuación de funcionarios que desempeñan funciones al servicio de los intereses colectivos o denuncias de hechos que deben ser conocidos, investigados y sancionados en aras del bien común.

Por otra parte, es tan evidente el sesgo de este instrumento y su manifiesto propósito de servir a otros intereses, que el delito al que hemos hecho referencia tiene una pena de prisión de 10 a 20 años, absolutamente desproporcionada, equivalente a la pena del homicidio.

A lo señalado en esta somera observación crítica, se añade una disposición sobre la imprescriptibilidad de los delitos contemplados en esta ley “por tratarse de violaciones graves a los derechos humanos” (Artículo 25); y, entre otras previsiones, se contempla la amenaza de prisión de 8 a 10 años para todo funcionario policial o militar “que en ejercicio de sus funciones voluntariamente se abstenga, omita o retarde intervenir para evitar la consumación de cualquiera de los hechos punibles establecidos en la presente ley o para detener a la persona respectivamente responsable, salvo que medien circunstancias de fuerza mayor o algún hecho o fuerza insuperable que ponga en peligro su propia integridad física” (Artículo 24,1); y, además, la “ley” dispone la misma sanción para “para

todo el personal de salud que en ejercicio de sus funciones voluntariamente se abstenga, omita o retarde atender a una persona por razones de odio, discriminación, desprecio o intolerancia, salvo que medien circunstancias de fuerza mayor o algún hecho o fuerza insuperable que ponga en peligro su propia integridad física (Artículo 24,2).

Como conclusión, a este respecto, solo cabe señalar que, a mi juicio, el odio debe ser desterrado de nuestra sociedad, pero ello no implica darle carta blanca al legislador para sancionar penalmente, utilizando dispositivos vagos y abiertos que simplemente se constituyen en instrumento para la persecución y la venganza política, arma de auténtico terrorismo de Estado contra la disidencia.

2.3. El tercer aspecto guarda relación con decisiones del Tribunal Supremo de Justicia que, a mi juicio, han contribuido a la consolidación del derecho penal de guerra, y que han convalidado, bajo pretendidos razonamientos jurídicos, actuaciones del Poder Ejecutivo, han servido de instrumento para contrarrestar y criminalizar manifestaciones de disidencia política y han limitado el ejercicio de los derechos ciudadanos.

Al respecto y, solo a título enunciativo, una vez más, me refiero a tres casos que pueden servir para ilustrar lo expresado antes, sin desconocer que en asuntos sin repercusión política, lo cual reafirma el sesgo de la justicia, se han fijado criterios garantistas, ausentes en las sentencias que menciono de seguidas⁶.

2.3.1. En primer lugar, las sentencias Nros. 246 y 263 de la Sala Constitucional en los casos Scarano y Ceballos, de fechas 9-4-2014 y 10-4 2014, sentaron el precedente de la destitución, inhabilitación y encierro inmediato en nuestras mazmorras, mediante juicios sumarios, con manifiesta violación al derecho al juez natural, a la presunción de inocencia y al derecho a la defensa, de alcaldes elegidos por el voto popular, siguiendo a los dos primeros mencionados más de 11 alcaldes señalados como adversarios políticos, entre ellos, Marcano, García, Muchacho, Smolanski, Jiménez y Alfredo Ramos, unos en efectiva reclusión y condiciones inhumanas durante diez o doce meses y otros, en forzado exilio ante la inminencia de la injusta condena con solicitudes de alerta roja absolutamente improcedentes ante tales remedos de procesos, de naturaleza política, por hechos delictivos leves que el propio Tribunal calificó, de manera absurda, como ilícitos extrapenales.

De acuerdo con estas infaustas decisiones, la Sala Constitucional, en ponencia conjunta, ha condenado a prisión a alcaldes en funciones, elegidos por el pueblo, usurpando funciones de un tribunal penal con la argucia inaceptable de que el desacato a un mandamiento de amparo ex-artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales no es un delito, sino un ilícito judicial constitucional, aunque tiene previsto pena de prisión de 6 a 15 me-

⁶ La referencia a estas sentencias fue recogida en ponencia que presenté en las Jornadas Domínguez Escovar, bajo el título, *El TSJ ante la justicia y el debido proceso*, Barquisimeto, 2018.

ses, se le aplican las accesorias de esta pena según el Código Penal y se acuerda la destitución o cesación en el cargo.

Por lo demás, como lo explica con claridad José Luis Tamayo, desconociendo la naturaleza penal del hecho imputado, indubitable por la pena de prisión, sin proceso penal y sin garantía judicial alguna, prescindiendo de la doctrina que había sostenido la propia Sala, por más de veinte años, sobre el carácter delictivo del hecho y la exigencia del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, e inclusive, en el supuesto negado de que se tratase de un ilícito administrativo, haciendo caso omiso del criterio vinculante de la propia Sala que estableció en sentencia N° 1212 del 23 de junio de 2004, con ponencia del Magistrado Pedro Rondón Haaz, según el cual, en ausencia de un procedimiento sancionatorio administrativo, era procedente aplicar las previsiones procedimentales contenidas en el artículo 607, Título III, Libro Tercero de Código de Procedimiento Civil, sencillamente, condenó, sin más, a la pena de prisión a los alcaldes, en manifiesta afrenta a las exigencias garantistas de un sistema de libertades que, paradójicamente, se invocan en esta ominosa decisión, pudiendo concluirse que “este proceso encabeza la lista de los más funestos y fatídicos de la historia judicial venezolana”⁷; y Allan Brewer-Carías asienta que “la decisión de la Sala Constitucional, violó abiertamente todos los principios del debido proceso que regula el artículo 49 de la Constitución: violó el derecho a la defensa al desarrollar un procedimiento sumario presumiendo la culpabilidad de los funcionarios por unas informaciones de prensa, quienes, sin embargo, no habían sido “imputados” o “acusados” formalmente, como para poder defenderse; violó abiertamente la garantía de la presunción de inocencia, al “presumir” más bien la culpabilidad de los encausados, sin aportar prueba alguna contra ellos; violó la garantía de imparcialidad de la justicia, al erigirse en parte “acusadora” de una parodia de “proceso penal” que ella misma juzgó, actuando por tanto como “juez y parte”; violó la garantía del juez natural al usurpar con su decisión las competencias exclusivas de los tribunales de la jurisdicción penal; violó la garantía de la doble instancia de todo proceso penal en el cual se condena a alguien”⁸.

2.3.2. En segundo lugar, como muestra del doble rasero de la justicia administrada por el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena, es significativa y ahora de absoluta actualidad, en contraste con el sedicente acto constituyente ya comentado de la denominada “ley constitucional contra el odio, por la con-

⁷ Tamayo R. José Luis, “La condena que no es condena por un delito que no es delito”, artículo arbitrado, inédito, para la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, U.C.V., Caracas, 2014.

⁸ Brewer-Carías, Allan R. El fallido intento de la Sala Constitucional de justificar lo injustificable: la violación masiva de todos los principios del debido proceso en el caso de las sentencias Nros. 245 y 263 del 9 y 11 de abril de 2014, de revocación del mandato de los alcaldes del Municipio San Diego, Vicencio Scarano Spisso y del Municipio San Cristobal, Daniel Ceballos, citado por Tamayo en artículo antes mencionado y que se puede consultar en <http://www.allanbrewercarias.com> (Documentos 2014).

vivencia pacífica y la tolerancia” (G.O. del 8-11-2017) o simplemente, “ley del odio” de la cual tratamos antes, la sentencia de fecha 11 de noviembre de 2009, en ponencia de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán, con relación a la denuncia interpuesta por el abogado Hermann Escarrá contra el Presidente Hugo Chávez, por los delitos de instigación a delinquir, apología del delito e incitación al odio, previstos en los artículos 283 y 285 del Código Penal.

El mencionado abogado denunció al Presidente de la República en fecha 8 de noviembre de 2007, consignando un escrito en el cual hacía los siguientes señalamientos:

“El día domingo 4 de noviembre del año en curso durante el discurso que ofreciera el Presidente de la República ciudadano Tte. Coronel. HUGO CHÁVEZ FRÍAS, mediante lo que constituyó un hecho público, notorio y comunicacional pudimos observar como de manera clara expresa y directa se hacía especial instigación a los seguidores del oficialismo para que en custodia de los ideales contenidos en la Reforma Constitucional propuesta y en protección de la implementación del Socialismo del siglo XXI, salieran a la calle en su defensa, incitando a la violencia y como consecuencia específica a la comisión de diversos hechos tipificados como punibles por nuestra ley penal sustantiva, tal como ocurrió el pasado día miércoles 07 de noviembre de los corrientes en el interior de la Universidad Central de Venezuela. A lo largo de la alocución Presidencial pudimos escuchar todos los venezolanos frases como:

‘En el supuesto que esta minoría fascista logre llenar de violencia las calles, les pasaremos por encima’.

‘Imagínense un millón de personas marchando por el Este quemando chaguaros y palmeras. Ese millón seríamos nosotros, no serían ustedes, porque no llegan a un millón. No quedaría piedra sobre piedra de esta apátrida oligarquía’.

Chávez ordenó que los batallones sean la ‘unidad motora’ de la campaña y los llamó: batallones socialistas... También denominó ‘gran batasos’ y ‘barrebase’ (batallones de reserva y retaguardia de bases) a otras instancias partidistas. ‘Le vamos a entrar a batasos’, advirtió.

Fuimos todos testigos presenciale (sic) de un discurso cargado no solo (sic) de amenazas sino además de orientaciones directas con indicaciones de modos de actuar a los fines de responder a las múltiples manifestaciones de voluntad que han surgido en contra del proyecto de reforma constitucional planteado.

Señala nuestro Código Penal vigente al respecto lo siguiente:

Artículo (sic) 283.- Cualquiera que públicamente, o por cualquier medio instigare a otro a ejecutar actos en contravención de las leyes, por el solo hecho de la instigación será castigado:

1. Si la instigación fuere para inducir a cometer delitos para los cuales se ha establecido pena de prisión, con prisión de una tercera parte del delito instigado.

2. En todos los demás casos, con multas de ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.), según la entidad del hecho instigado.

‘Artículo 286.- El que públicamente, excitare (sic) a la desobediencia de las Leyes o al odio de unos habitantes contra otros o hiciere la apología de un hecho que la ley prevé como delito, de modo que se ponga en peligro la tranquilidad pública, será castigado con prisión de cuarenta y cinco días a seis meses’.

De la simple lectura de este precepto legal (sic) ‘podemos perfectamente deducir que los hechos ocurridos el 4 de noviembre de 2007, y las siguientes alocuciones, efectuadas bajo esta misma tónica y temática, podrían encuadrar dentro del tipo legal señalado (sic), en virtud de que el ciudadano Presidente induce de manera directa a sus seguidores a responder con hechos violentos perfectamente tipificados como delitos ante cualquier amenaza que consideren pudiera vulnerar el camino a la Reforma Constitucional propuesta’. (omissis).

La Sala Plena, en las Consideraciones para Decidir, asienta, entre otras cosas:

Asumida la competencia, pasa esta Sala Plena a pronunciarse en relación con la solicitud planteada por el abogado Didier Rojas Rodríguez, en su carácter de Fiscal Vigésimo Cuarto del Ministerio Público a Nivel Nacional con competencia Plena, en el sentido de que se desestime la denuncia formulada por el ciudadano Hermann Escarrá Malavé contra el ciudadano HUGO RAFAEL CHÁVEZ FRÍAS, actual Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, pues a decir del denunciante, el máximo representante del Ejecutivo Nacional habría incurrido –según sus dichos- presuntamente en la comisión de los delitos de “[...] *instigación a delinquir, apología del delito e incitación al odio [...]*”; previstos en los artículos 283 y 285 del Código Penal, respectivamente; por cuanto a su decir “[...] *Chávez ordenó que los batallones sean la ‘unidad motora’ de la campaña y los llamó: batallones socialistas... También denominó ‘gran batason’ y ‘barrebase’ (batallones de reserva y retaguardia de bases) a otras instancias partidistas. ‘Le vamos a entrar a batason’, advirtió*”.

Al respecto, el prenombrado Fiscal Vigésimo Cuarto del Ministerio Público a Nivel Nacional con competencia Plena señaló expresamente que la denuncia no cumple con lo dispuesto por el artículo 286 del Código Orgánico Procesal Penal, que prevé los requisitos formales de toda denuncia; lo cual -según la representación fiscal- impide que la misma sea sustanciada y procesada por el Ministerio Público, en tanto órgano instructor penal, pues para que se configuren los tres delitos denunciados o que una persona viole

las tres disposiciones legales comprendidas en los artículos 283 y 285 del Código Penal, deben haber ocurrido tres hechos y acciones diferentes que se adecuen a las características propias del respectivo tipo penal, lo cual no se evidencia del contenido de la denuncia en cuestión.

Igualmente, la representación del Ministerio Público al analizar el fondo de los hechos planteados en la denuncia formulada por el ciudadano Hermann Escarrá Malavé refirió que expresamente que la campaña electoral por el “SI”, liderizada por el ciudadano Hugo Chávez Frías, el Presidente de la República estableció una Organización que denominó “Circunscripciones Socialistas”, que comprende lo que denominan “COMANDOS”, y éstos se clasifican en tres grupos denominados: “BATALLONES SOCIALISTAS”, que se abrevia “BATA.SO”, concepto este que es diferente a “BATAZO” que es el golpe contundente dado por un bate; “Comando de Grupo Ampliado de Batallones Socialistas”, (Comando GR.AM, BATA.SO) y el “Comando de Batallones de Reserva y Retaguardia de Bases” (Comando BA.R.RE. BASE), grupos estos encargados de dar difusión y discusión de la propuesta de la reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Por ello, cuando el denunciante alegó que tales frases como por ejemplo: ‘*le vamos a entrar a Batasos*’, a su decir, constituyen delitos, lo que existe a criterio de la Representación Fiscal es una confusión con el término “BATAZO”, término este muy diferente al logo utilizado por los representantes y simpatizantes del ‘SI’.

Asimismo, la representación del Ministerio Público señaló que la denuncia formulada por el ciudadano Hermann Escarrá Malavé, contiene sus dichos en forma plural; ej.: “[...] *fuimos testigos presenciales (sic)*[...]”, de lo que se puede presumir que actúa en representación colectiva de un grupo de personas; dichos que no constituyen ninguno de los delitos señalados, y aunado a ello, el denunciante no indica en qué consistieron los delitos atribuidos, que presuntamente se cometieron en su contra, por lo que consideró que no estaban cumplidos los supuestos legales para dar inicio a una investigación penal.

Ahora bien, efectuado el análisis del contenido de la denuncia así como del contenido de la solicitud mediante la cual la representación Fiscal solicita su desestimación; esta Sala Plena observa que la denuncia (constante de dos folios) presentada por el ciudadano Hermann Escarrá Malavé el 8 de noviembre de 2007, ante la Dirección de Secretaría General de la Fiscalía General de la República, contra el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías, tal como lo expuso el representante del Ministerio Público, no cumple con todos los requisitos contemplados en el artículo 286 del Código Orgánico Procesal Penal, puesto que, por una parte, carece de la narración circunstanciada de los hechos, que a decir del denunciante, son constitutivos de los delitos de instigación a delinquir, apología del delito e instigación al odio, los cuales se pretenden

atribuir; y por la otra, tampoco contiene el señalamiento preciso de las personas que presenciaron tales hechos, pues el denunciante se limitó a afirmar que “[...] a lo largo de la alocución Presidencial pudimos escuchar todos los venezolanos [...]”; y de la cual es imposible determinar si los hechos que describe el denunciante llegaron al conocimiento de todos los venezolanos; razón por la que el Ministerio Público la tilda de incierta; a todo lo cual se suma el alegato equívoco del denunciante en torno al término “*Bata.so*” que según afirma dijo el Presidente de la República en su alocución presidencial, el cual como bien expresó la representación fiscal en su solicitud de desestimación de denuncia, de ser cierto, estaría sin lugar a duda referido a los “Batallones Socialistas” (grupos que se encargarían de dar difusión y discusión de la propuesta de reforma constitucional en el contexto de la campaña electoral por el “*SÍ*”, liderizada por Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías), pero nunca podría estar referido al golpe contundente dado con un bate (*Batazo*), como imprecisamente lo aludió el denunciante en su escrito.

De igual modo, el texto de la denuncia no contiene las circunstancias de modo tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos, que señala el denunciante como punibles, pues cada uno de los delitos antes señalados tiene un supuesto de hecho distinto así como un medio de comisión propio, y cuya sanción está prevista en atención al bien jurídico protegido; evidenciándose así la falta de lógica argumentativa necesaria que debe cumplir toda denuncia; circunstancia que imposibilita al Ministerio Público -en tanto titular de la acción penal para determinar de modo certero e inequívoco la tipicidad de los hechos denunciados y la presunción de lo antijurídico en la conducta atribuida por el denunciante al ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías, actual Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, a fin de dar inicio a la correspondiente investigación.

Es de señalar igualmente que la aludida denuncia es de tal modo insubsistente y descontextualizada, que no permite – como lo afirmó el Ministerio Público en su solicitud de desestimación- inferir la relación de causalidad entre los hechos en ella mencionados, cometidos presuntamente por el ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías, actual Presidente de la República Bolivariana de Venezuela y la conducta constitutiva de los delitos atribuidos por el denunciante, ciudadano Hermann Escarrá Malavé; generándose así en el ánimo del titular de la acción penal duda sobre la naturaleza penal de los mismos.

Cabe destacar también que el denunciante no acompañó elemento de convicción alguno a su escrito de denuncia –lo cual no es necesariamente indispensable- ni tampoco explicó cómo es que el Presidente de la República, a través de la alocución presidencial del domingo 4 de noviembre de 2007, según señala, incurre en la presunta comisión de los tres delitos que pretende atribuirle, a saber: *instigación a delinquir, apología del delito e incitación al*

odio, careciendo por tanto de fundamento; menos aun cuando refiere en su escrito escasamente frases aisladas que, según afirma, emanaron del Máximo representante del Ejecutivo Nacional.

De allí que, esta Sala Plena considera que las afirmaciones contenidas en la aludida denuncia deben desestimarse, toda vez que -tal como lo alegó el Ministerio Público- no es posible determinar con certeza si los hechos descritos en la misma revisten carácter penal y, por ende, subsumirlos en algunos de los delitos previstos en el ordenamiento jurídico venezolano.

En consonancia con lo anterior, esta Sala no puede soslayar la circunstancia determinada por el Ministerio Público de que los hechos que motivaron la solicitud *sub exámine* ocurrieron el 4 de noviembre de 2007, en el marco de la campaña electoral por el “Sí” generada por la propuesta presidencial de la reforma constitucional y durante una de las alocuciones que ofreciera el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías; la acción [denuncia] fue destinada a pretender que se reproche penalmente la conducta del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, por difundir mediante los medios de comunicación televisivos sus ideas y libre pensamiento.

Ahora bien, las expresiones, críticas, observaciones y señalamientos efectuados por el Máximo Representante del Ejecutivo Nacional a través de los medios de comunicación social –públicos y privados- no pueden considerarse *per se* constitutivos de delito; pues, dichas menciones se entienden -en principio- conformes con *el derecho a la libertad de expresión*, derecho fundamental este que ostenta el Presidente de la República al igual que todos los ciudadanos y ciudadanas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Así tenemos que el referido precepto constitucional dispone taxativamente lo siguiente:

“Artículo 57. Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura.

Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades”.

De lo *supra* transcrito se infiere que todos los ciudadanos y ciudadanas, incluyendo al Presidente de la República, disfrutan de la posibilidad de expresar libremente sus ideas y pensamiento sin que puedan estar sujetos a

censura previa.

De allí que, las valoraciones y opiniones subjetivas sobre determinados acontecimientos no suponen, *per se*, un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos y ciudadanas, ni mucho menos pueden encuadrarse en hechos constitutivos de delito; a menos que en el ejercicio del derecho al libre pensamiento la conducta atribuida impacte de tal modo que socialmente comporte la afectación de bienes jurídicos protegidos por el orden jurídico, y coloque en riesgo la estabilidad del sistema democrático; sólo así podría ser calificada ulteriormente como constitutiva de delito.

En un modelo de Estado Social democrático, de Derecho y de Justicia como el nuestro, la preservación de la comunicación pública y libre reafirma el concepto de *soberanía popular*, donde los derechos fundamentales son comunes e iguales a todos los ciudadanos y ciudadanas sin distinción alguno; y donde las pautas para dirimir los conflictos deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (*Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia*); pero no en cambio, puede pretenderse afectar la vigencia de dicho proyecto constitucional con pretensiones ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en desmedro de la soberanía del Estado; por cuanto no existen derechos ilimitados ni absolutos.

Precisamente, los derechos garantizados por el artículo 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela son expresión de la libertad individual como componente del sistema político democrático. Así, la consagración del derecho a comunicar o recibir libremente información, avala el interés constitucional, en el sentido de propender a: *la formación y existencia de una opinión pública libre*; garantía que reviste una especial trascendencia, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento del sistema democrático en una sociedad libre. Para que los ciudadanos y ciudadanas puedan formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, han de ser también informados ampliamente a modo de ponderar diversidad de opiniones, incluso las contrapuestas.

Consecuencia directa de ello, es que la libertad de expresión de ideas y de pensamiento comprende la libertad de crítica, aun cuando la misma se tilde de brusca y pueda molestar, inquietar o disgustar a quienes se dirige, pues en ello consiste el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, concepciones propias de la *sociedad democrática*. A la sazón, la libertad de expresión de ideas y de pensamiento es válida no sólo para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que pudieran considerarse como *chocantes e inquietantes*.

Asimismo, el derecho a la libertad de expresión contribuye a la formación de la conciencia colectiva, y la mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, o la emisión de juicios de valor sobre los mismos en modo alguno afecta su ejercicio, pues justamente, la polémica y discusión que se erigen alrededor de tales aseveraciones y juicios de valor -de cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre-, juega un papel esencial en la formación de una conciencia histórica en una sociedad libre y democrática.

En adición a lo anterior, y con respecto a la prohibición de la censura a los funcionarios o funcionarias públicos para dar cuenta de los asuntos relacionados con la actividad bajo su responsabilidad, de conformidad con lo dispuesto en la parte *in fine* del citado artículo 57 constitucional; es preciso añadir que el constituyente desarrolla otro aspecto del derecho a la libertad de expresión; el de la libertad de comunicación que no es otra que el derecho de éstos para satisfacer el derecho de los ciudadanos y ciudadanas a la información oportuna, veraz e imparcial; con lo cual se delimita el ámbito de aplicación de normas -incluyendo las pertenecientes en el ámbito penal- que puedan conllevar una restricción para difundir las ideas y el pensamiento.

Tal postura se funda en que los funcionarios o funcionarias públicos -en cuanto tales- cumplen por una parte, un rol influyente en la sociedad, y por la otra, los ciudadanos y ciudadanas tienen un legítimo interés en su conducta; ello estriba en la dificultad objetiva para separar *hechos y opiniones*; pues en el campo de la semántica el significado de las palabras no resulta siempre igual al contenido que le da quien expresa sus ideas.

Así las cosas, de cara al derecho a la libertad de expresión comentado, es plausible situar a los funcionarios o funcionarias públicos en un contexto reforzado frente a las críticas de quienes pretendan anteponer este derecho constitucional a otros bienes jurídicos en juego; ello encuentra sustento en una base histórica, a saber: *la soberanía del pueblo en virtud del acuerdo político presente en todo gobierno democrático*, en el que los ciudadanos y ciudadanas son gobernados por ellos mismos al ser los poseedores de la soberanía.

De igual modo, esta Sala Plena debe puntualizar que los instrumentos legales [incluyendo las leyes penales] que exijan responsabilidad proveniente del uso inmoderado del derecho a la libertad de expresión en las áreas permitidas por la Constitución y los Convenios, Pactos y Tratados Internacionales suscritos por Venezuela, deben adaptarse a los principios que informan la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contenidos en el *Título I, De los Principios Fundamentales*, en particular, el artículo 2 constitucional, cuyo tenor es el siguiente:

“Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su

ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”.

Por tanto, en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, regido por valores tales como: *la libertad, la ética y el pluralismo político*, las actuaciones públicas con tilde de tal naturaleza deben articularse con el ejercicio del derecho a la libre expresión; de no ser así, los funcionarios o funcionarias públicos no podrían expresar a sus seguidores, o a quienes pretendan los acompañen, sus ideales y pensamiento.

De allí lo impropio de interpretar literalmente las normas y disposiciones que de alguna manera obstaculicen el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, pues tal análisis devendría *ex ante* y *ex post* en un obstáculo para el pluralismo político y para la confrontación de ideas, propios de un sistema democrático. Por lo tanto, la dinámica socio-política contemporánea -basada cada vez más en la preeminencia de los derechos humanos-, apunta hacia una suerte de exégesis flexible de las normas frente a quienes, en tanto funcionarios o funcionarias públicos, integran partidos o movimientos políticos, y que, de una u otra forma, intervienen en procesos electorales nacionales o locales.

También se ha dicho, y con razón, que dentro del ámbito político el juzgamiento de los ciudadanos y ciudadanas debe hacerse teniendo en cuenta no únicamente los principios constitucionales, sino también las prácticas, usos, costumbres y convicciones del correspondiente régimen político. De este modo, el tono de la libre expresión de ideas y convicciones no puede evaluarse con absoluta independencia del clima y del momento político; sobre todo si es en época de campañas electorales donde seguramente el clima de crispación social resulta más acentuado.

Llegado a este punto, hemos de advertir que precisar el núcleo del derecho a la libertad de expresión de ideas, opiniones y pensamientos es una tarea de alta complejidad; sin embargo a modo de aprehender un concepto globalizado de tan importante tema, cabe decir que en la jurisprudencia foránea igual que en la nuestra se ha tratado de mantener de manera armoniosa la coexistencia de este derecho fundamental de libertad de expresión con los demás derechos consagrados constitucionalmente; y en tal sentido se ha sostenido que quienes tienen atribuido el ejercicio de funciones públicas, son personajes públicos y su conducta, imagen y opiniones pueden estar sometidas al escrutinio de los ciudadanos, los cuales tienen un interés legítimo, garantizado por el derecho a recibir información y a saber cómo se ejerce aquella función. En estos casos, en tanto lo divulgado o criticado se refiera directamente al ejercicio de las funciones públicas, no pueden los ciudadanos o ciudadanas oponer sin mayores fundamentos la infracción de su derecho al honor y reputación.

Así también, cuando la crítica se dirija a un funcionario o funcionaria y ésta se refiera al estilo del funcionario o funcionaria en el desempeño de su función, no siempre la crítica podría estar amparada en la trascendencia pública de la opinión que se emite; y desde luego, nunca lo podrá estar cuando esa opinión se acompañe de expresiones injuriosas sobrantes e innecesarias; toda vez que la emisión de calificativos injuriosos contra el funcionario o funcionaria, sea cual fuere el contexto en el cual se emitan, suponen un daño injustificado a su honor y reputación. De no ser así, se exigiría al funcionario o funcionaria expuestos a la crítica un sacrificio desproporcionado a su honor y reputación, privándole indebidamente de estos derechos fundamentales, y condenándole a tener que soportar insultos, agravios u ofensas desde todo punto de vista innecesarios.

De cara al análisis precedente, esta Sala Plena considera que no sólo se trata de la protección a las personas o ciudadanos y ciudadanas en sus valores básicos (honor, reputación, dignidad, libre expresión de pensamiento y de ideas), sino también de salvaguardar el ejercicio de la función pública y así evitar, en lo posible, limitaciones o alteraciones indebidas de estos valores durante el desempeño de los funcionarios o funcionarias públicos, postura que se estima resulta más ajustada a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues ello tiende a una protección integral y simultánea tanto de los ciudadanos y ciudadanas como de los funcionarios o funcionarias públicos, así como lo entiende el artículo 58 constitucional.

No es, desde luego, el cometido primario de esta Sala Plena exigir el perfeccionamiento técnico del ordenamiento jurídico para evitar duplicidades o corregir defectos sistemáticos en la interpretación y aplicación de las leyes; sino sólo se quiere dejar claro que frente a la redimensión actual de los derechos humanos, entre los que figura la libertad de expresión, resulta cada vez más difícil concebir formas para controlar su ejercicio; debiendo subrayarse además que la tendencia actual apunta a la despenalización de aquellas conductas que sometidas a los paradigmas del derecho penal colocan en minusvalía el ejercicio efectivo de los derechos positivizados en la Carta Magna.

Corolario de las consideraciones que anteceden, esta Sala Plena declara con lugar la solicitud de desestimación de la denuncia interpuesta por el abogado Didier Rojas Rodríguez, actuando con el carácter de Fiscal Vigésimo Cuarto del Ministerio Público a Nivel Nacional con competencia Plena, objeto de la presente causa, toda vez que los hechos denunciados arriba analizados no revisten carácter penal, y así se declara.”

De la lectura del texto transcrito, son obvias las conclusiones y no hace falta añadir comentarios personales a las consideraciones para decidir sobre la desestimación de la denuncia ya que, aparte de las objeciones formales, la Sala Plena deja en claro que las expresiones críticas y señalamientos del Presidente, a

través de los medios de comunicación social, deben entenderse conformes con el derecho a la libertad de expresión, derecho fundamental que ostenta el Presidente de la República al igual que todos los ciudadanos, conforme al artículo 57 de la Constitución.

Las valoraciones y opiniones que expresa el Primer Mandatario, según el fallo, no suponen, **per se**, un menosprecio a la dignidad de las personas, ni se pueden encuadrar en hechos constitutivos de delitos ya que no afectan bienes jurídicos, ni colocan en riesgo la estabilidad del sistema democrático.

La libertad de expresión, según la doctrina de la Sala, comprende la libertad de crítica, aun cuando esta pueda molestar a quienes se dirige, dado el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura propios de una sociedad democrática.

Se trata, según la Sala, además, de la libertad de comunicación que tienen los funcionarios para satisfacer el derecho de los ciudadanos a la información oportuna, veraz e imparcial, que limitan el ámbito de aplicación de normas restrictivas de ese derecho de los funcionarios por su papel influyente en la sociedad y el interés de los ciudadanos en su conducta, debiendo advertirse que “en el campo de la semántica el significado de las palabras no resulta siempre igual al contenido que le da quien exprese sus ideas”, lo cual puede quedar ilustrado con el alegato “equivoco” del denunciante en torno al término “BATA.SO” utilizado por el Presidente, el cual “de ser cierto”, según la decisión, “estaría sin lugar a duda referido a los “Batallones Socialistas”... “pero nunca podría estar referido al golpe contundente dado con un bate (BATAZO), como imprecisamente lo aludió el denunciante en su escrito”.

En pocas palabras, pues, en la doctrina contenida en este fallo, los funcionarios públicos y sus actuaciones gozan de la más plena libertad de expresión, sin que sea admisible una interpretación literal de las normas que de alguna manera pueden obstaculizar su ejercicio, ya que ello se convertiría en un obstáculo para el pluralismo político y la confrontación de ideas.

Sin embargo, la sentencia, después de esta apología de la libertad de expresión de los funcionarios y su derecho a la crítica, se apresura a señalar que la crítica o las opiniones ciudadanas no estarán justificadas cuando se acompañen de expresiones injuriosas “sobrantes e innecesarias”, sea cual sea al contexto en el cual se emitan, por lo cual suponen un daño injustificado al honor o reputación del funcionario, que no puede estar condenado a tener que soportar insultos, agravios u ofensas innecesarias.

Sin duda, se trata de adoptar una doble medida regida por la arbitrariedad, en manifiesta desigualdad entre el funcionario y el ciudadano, requerido este, precisamente, de la más eficaz protección ante el poder y con el derecho a censurar a quien tiene como misión el servicio público, consideración que ha llevado a la doctrina y jurisprudencia, en materia de derechos humanos, a la supresión de los denominados “delitos de desacato”.

2.3.3. En tercer lugar, considero de sumo interés la referencia a decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena, en el caso de Wilmer Azuaje, de fecha 22 de Abril de 2010, con ponencia del magistrado Arcadio Delgado, con los votos salvados de Levis Ignacio Zerpa, Blanca Rosa Mármol de León y Pedro Rondón Haaz, y, en el caso de Freddy Guevara, de fecha 3 de noviembre de 2017, con ponencia del magistrado Marco Antonio Medina Salas, que guardan relación con la Asamblea Nacional y sus integrantes, los diputados, elegidos por el pueblo como sus legítimos representantes.

La Constitución consagra prerrogativas para los parlamentarios, no para su protección personal, sino para garantizarles la plena libertad como representantes del pueblo⁹.

A diferencia del Presidente de la República y de otros altos funcionarios, los diputados gozan de **inviolabilidad**, que los sustrae de cualquier responsabilidad por votos y opiniones emitidos en ejercicio de sus funciones; gozan de **inmuni-****dad**, que impide que puedan ser presos o de otra manera coartados en el ejercicio de sus funciones y, a los efectos de ser procesados penalmente, se requiere de un **antejuicio de mérito**, que exige una querrela del Fiscal y el imprescindible derecho a la defensa, después de lo cual el Tribunal Supremo de Justicia se pronunciará sobre los méritos para su enjuiciamiento, a lo cual debe seguir la autorización de la Asamblea, todo de conformidad con los artículos 266 y 200 de la Constitución.

La inviolabilidad es absoluta. La inmunidad es relativa, ya que excepcionalmente, si hay sorpresa infraganti en un delito, de ser estrictamente necesario, solo será posible un arresto domiciliario, sujeto a lo que acuerde el Máximo Tribunal, con las garantías del debido proceso, que impone oír al imputado y debatir sobre la flagrancia.

Lo anterior es importante por lo ocurrido, precisamente, en los casos antes mencionados de Wilmer Azuaje y en el de Freddy Guevara, en los cuales, ante un simple alegato de flagrancia, que solo indica la percepción de un hecho que aparece como manifiestamente punible, les fue levantada la inmunidad, en el caso Guevara, por mandato de la sedicente “asamblea constituyente” y sometidos a los tribunales ordinarios, sin antejuicio, sin haber sido oídos, ni ante el Tribunal Supremo, ni en la Asamblea, en franca violación de prerrogativas irrenunciables, porque su razón de ser es la función parlamentaria y no su condición personal.

Es tan importante la inmunidad que, aunque el Tribunal Supremo de Justicia haya declarado que hay mérito para el enjuiciamiento, la Asamblea Nacional puede negar la autorización a tales fines, inclusive por razones políticas, ya que la razón de ser de la inmunidad es la preservación de la condición de representante del pueblo, que artificiosamente puede verse sometido a un proceso penal.

⁹ Sobre este tema, véase el exhaustivo y documentado trabajo de Badell Madrid, Rafael, Prerrogativas parlamentarias (inmunidad e inviolabilidad parlamentaria) Estudio publicado en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales número 159, julio-diciembre 2019, págs. 1069-1156. <https://www.acienpol.org.ve>

Por lo demás, la **flagrancia**, que debe ser auténtica flagrancia, de interpretación estricta, no puede constituirse en la vía rápida para un enjuiciamiento ordinario, de una parte, porque ella solo permite un arresto domiciliario, en la medida de lo estrictamente necesario; y nada impone sostener la exclusión del antejuicio de mérito, garantía imprescindible que tiende a evitar procesos que, simplemente, se propongan desconocer la voluntad popular. Y, por supuesto, no procede suspender e inhabilitar a un diputado, invocando un artículo preconstitucional del Código Orgánico Procesal Penal, que reproduce disposiciones del Código de Enjuiciamiento Criminal y de la derogada Ley de la Corte Suprema de Justicia, aunque haya permanecido allí, después de cinco reformas, siendo manifiestamente contrario a la Constitución, en su esencia democrática y garantista, ya que suspender a quien se presume inocente y tiene derecho a ser juzgado en libertad es un exabrupto; y la inhabilitación política solo procede por sentencia firme de un tribunal penal, por su propia naturaleza, según se desprende de los artículos 42 y 65 de la Constitución, así como del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos humanos.

En particular, por lo que respecta al caso Azuaje, destacado en la excelente obra de Rafael Simón Jiménez sobre la inmunidad parlamentaria¹⁰, se impone afirmar que se trata, sin duda, de una triste, desafortunada y retrógrada decisión de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, con la cual se ha pretendido sepultar la garantía de la inmunidad, prerrogativa, no de un diputado, sino de la representación popular que ejercen.

Levis Ignacio Zerpa, con absoluta claridad, como lo recoge Jiménez, deja constancia de contundentes e irrefutables afirmaciones con las cuales sostiene la exigencia del antejuicio de mérito, aun en el caso de pretendida flagrancia, la necesidad de preservar el derecho a la defensa, la exclusiva competencia del Tribunal Supremo de Justicia para conocer de las imputaciones contra un diputado y, lo que considero de extrema importancia, el papel del Máximo Tribunal que no tiene atribuciones, en ninguna de sus Salas, para modificar o cambiar el texto de la Carta Magna, poder que solo corresponde al pueblo de Venezuela a través de una enmienda, reforma o Asamblea Nacional Constituyente.

Blanca Rosa Mármol de León y Pedro Rondón Haaz, igualmente, formularon atinadas observaciones al horrendo fallo “contra legem”. La primera se pronuncia en el mismo sentido de la exigencia del antejuicio de mérito para procesar a un parlamentario, inclusive, en el caso de una supuesta flagrancia; y el segundo, con absoluta pertinencia, pone de manifiesto el error grave de la Sala al afirmar que la sorpresa infraganti supone la certeza procesal de la autoría de un delito, formula críticas por el adelantamiento de opinión sobre la inocencia o culpabilidad del procesado y, en definitiva, califica de grosera violación al debido proceso la decisión del caso sometido a la Sala.

¹⁰ Jiménez, Rafael Simón, La inmunidad Parlamentaria en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Vadell Hnos. Editores, Caracas, 2011.

Por su parte, la sentencia de la Sala Plena, en el caso del Diputado Freddy Guevara Cortéz, merece los más severos cuestionamientos de quienes abogamos y estamos comprometidos con el estado de derecho y su columna vertebral, que no es otra que un poder judicial autónomo e independiente.

En este fallo, propio de tribunales del terror, sin haber oído al diputado, sin derecho a la defensa, determina la Sala que existen elementos de convicción suficientes para comprometer su responsabilidad en la comisión de los delitos de Asociación o formar parte de un grupo de delincuencia organizada (artículo 37 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada), instigación pública (artículo 285 del Código Penal) y uso de adolescentes para delinquir (artículo 264 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), los cuales serían “permanentes y continuados” y, por lo tanto, en situación de flagrancia”, que excluye el antejuicio de mérito, sin caer en cuenta que, de una parte la permanencia y continuación en el delito nada tienen que ver con la flagrancia, **per se**, ya que esta no es una categoría de delitos, sino una circunstancia verificable por alguien que percibe el hecho en la realidad de su comisión, ya sea instantáneo o permanente; y de la otra, que la flagrancia, como ya lo dijimos, no excluye el antejuicio de mérito, **conditio sine qua non** para debatir en la Asamblea sobre el allanamiento de la inmunidad y hacer posible el enjuiciamiento penal de un parlamentario, según el artículo 266 de la Constitución.

Pero, además, según la infausta decisión, ante el “desacato” en el que se encuentra el Parlamento, de acuerdo a reiteradas decisiones del Máximo Tribunal, aunque nunca se ha debatido ni determinado desacato alguno, ni oído a los presuntos “desacatantes”, se ordena la remisión de las actuaciones a la asamblea nacional constituyente, a los efectos del levantamiento de la inmunidad.

Ante tantos exabruptos jurídicos movidos por simples intereses políticos, solo cabe el más enérgico reclamo por el rescate del valor de la justicia, sin la cual, “los reinos se convierten en grandes latrocinios”, como decía San Agustín¹¹.

3. LA TRAGEDIA CARCELARIA VENEZOLANA. EL SISTEMA PENITENCIARIO VENEZOLANO: EL PROCESO PENAL COMO PENA. EL RETARDO CRIMINAL DEL PROCESO. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN RETENES JUDICIALES. LOS PRESOS POLÍTICOS

3.1. La realidad de la injusticia penal venezolana no se completa sin la referencia obligada a la situación penitenciaria, sin duda, el reflejo o el retrato más fiel del respeto a los derechos humanos en una sociedad y baremo acertado para determinar el apego a las exigencias de un estado de derecho¹². Nuestras cárceles,

¹¹ San Agustín, *De Civitate Dei*, IV, 4,1,

¹² Sobre este tema se impone rescatar la lectura de las *Apuntaciones de Derecho Penitenciario* de Tulio Chiossone (1954); *El Sistema Penitenciario Venezolano*, de Myrla Linares Alemán (1981); los escritos de Elio Gómez Grillo, redactor del artículo 272 de la Constitución vigente,

verdaderos “depósitos de presos”, como calificaba el maestro Tulio Chiossone a las viejas prisiones que se propuso eliminar la Ley de Régimen Penitenciario de 1937¹³, albergan a más de cien mil reclusos que sufren penas que, en su mayoría, no les han sido impuestas, en condiciones de hacinamiento y sin garantías mínimas sanitarias, ya sea en “establecimientos penitenciarios”, con graves deficiencias de personal capacitado en tareas de atención, custodia y vigilancia, bajo el régimen de un Código Orgánico Penitenciario que data de 2013, pero que desconoce reglas mínimas de tratamiento de los reclusos; en retenes policiales o centros de detención preventiva, convertidos en locales de indefinida permanencia; o en recintos oscuros de cuerpos de inteligencia, destinados a presos por razones políticas.

Las edificaciones llamadas penitenciarias han sufrido un proceso de destrucción o alteración de sus espacios, son escenario de luchas internas de grupos de poder y no se han puesto en funcionamiento nuevos establecimientos ni centros de rehabilitación; el Código Orgánico Penitenciario debe ser sometido a revisión, ya que contiene disposiciones erróneas, confusas o contrarias a los principios que rigen la materia o a los derechos humanos; son graves las fallas en el personal del servicio penitenciario y de la vigilancia interna y externa; pero, sobre todo, el más grave de los problemas tiene que ver con el drama humano de los presos.

El horror carcelario venezolano guarda estrecha relación con la disfunción del sistema de administración de justicia penal, que tiene como consecuencia la denominada inversión del sistema penitenciario, como ya lo analizaba Myrla Linares¹⁴, en la que insistía Francisco Canestri en los años sesenta y setenta y que, en definitiva, se constituye en la negación de la justicia penal: se trata del dramático cuadro de nuestros encarcelados en un limbo e incertidumbre procesal que los coloca en situación de indefensión y que se convierte en el caldo propicio para la violación de sus derechos.

Esta denegación de justicia se traduce en la inocultable realidad de una mayoría de reclusos o presos, con derecho a un proceso justo y sin dilaciones indebidas, que se encuentran en la condición de procesados, en un sesenta por ciento (60%), y solo un cuarenta por ciento (40%) bajo condena, estos últimos, también, en un setenta y cinco por ciento (75%), sujetos a una pena impuesta sin juicio por la fórmula de la **admisión de los hechos**, convertida en trocha para escapar a un proceso penal que se prolonga **sine die**.

esculpido para no ser cumplido; los trabajos de Francisco Canestri y Rosa del Olmo; y, por supuesto, toda la obra de divulgación e informes de Una Ventana a la Libertad y del Observatorio Venezolano de Prisiones, gracias al trabajo de esforzados luchadores por los derechos de los presos, entre otros, Carlos Nieto Palma, Humberto Prado y Marino Alvarado.

¹³ Chiossone Tulio, Apuntaciones de Derecho Penitenciario, Tipografía C.T.P., San Juan de los Morros, 1954, *passim*.

¹⁴ Linares Alemán Myrla, El Sistema Penitenciario Venezolano, U.C.V., Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Ciencias Penales, Caracas, 1981, Pág. 60.

En nuestras cárceles, entonces, hay “**presos sin condena**”, en mayoría; “**presos condenados con juicio**”; “**presos condenados sin juicio**”; como apunta Marino Alvarado, simplemente, “presos sin proceso”; y “presos con boletas de excarcelación”. Sin duda, pues, fórmulas perversas que traducen la suma arbitrariedad de un sistema que se ensaña con los más débiles y vulnerables en un estado sin derecho y sin justicia.

Esta situación, sencillamente, es la prueba de un sistema de administración de justicia que no funciona, al que antes hicimos referencia y que genera o contribuye eficazmente al caos de nuestras prisiones.

Los procesos penales en Venezuela se inician en un determinado momento, a través de la vía de la **flagrancia**, que no es flagrancia, convertida en regla y no paralizada en tiempos de pandemia y luego se prolongan al margen de los **lapsos procesales**, salvo algunos que son ineludibles para “preservar el juicio en prisión” y luego se rigen por la “ley del diferimiento”, que, en definitiva, sí se cumple de manera implacable, en sus múltiples formas de expresión. Para ejemplo de ello, una audiencia preliminar puede resultar diferida de hecho por tiempo indefinido, como lo reclaman los presos, cuando tienen la oportunidad de expresarse.

Se trata del denominado por algunos “retardo procesal” que, a fin de cuentas, convierte el proceso y la prisión preventiva en la verdadera **pena** que engañosamente se impone a quien cae en la maraña de la “justicia penal” y que debería ser llamado por su verdadero nombre de “**retardo criminal del proceso**”, generador de violencia, de muertes, de enfermedades carcelarias o contagiosas y de sufrimiento prolongado de familiares y allegados de los presos. Y valga la oportunidad para remarcar la importancia de las expresiones que, inclusive, se han divulgado entre abogados: “**privados de libertad**” y **no presos; uso excesivo de la fuerza y no uso delictivo de la fuerza; “ejecuciones extrajudiciales”, “por injusticiamientos; y medidas sustitutivas” por medidas cautelares**, ya que teóricamente el proceso en libertad es regla.

El quid, entonces, de la tragedia penitenciaria es la realidad de un sistema de denegación de justicia y un proceso penal que no cumple con su objetivo de establecer la verdad de los hechos y garantizar la justicia y el derecho, preservando las garantías judiciales y, de manera particular, el proceso en libertad, habiendo sido desvirtuado para convertirse en la pena anticipada a la que todos estamos expuestos.

3.2. *La prisión preventiva en retenes policiales*

Ahora bien, el problema de los presos sin condena no se reduce nada más a la extensión de los lapsos procesales en prisión, en manifiesto desconocimiento a la presunción de inocencia, sino que a esta grave situación, se añade otro problema no menos grave: la prisión preventiva se cumple, no en establecimientos o centros de reclusión dignos, con las condiciones mínimas exigidas por seres

humanos y ciudadanos, sino que unos 65.000 presos, como lo apunta Carlos Nieto Palma, Director de **Una Ventana a la Libertad**, se encuentran en sedes o retenes policiales para estadas máximas de 48 horas, convertidos, en el presente, en cárceles permanentes, quedando unos 45 mil reclusos en los establecimientos penitenciarios cerrados para procesados o penados, confundidos unos con otros, los cuales, a pesar de la propaganda oficial del nuevo régimen, distan mucho de ajustarse a las normas internacionales humanitarias sobre la materia.

En estos calabozos policiales se violan los derechos humanos, el hacinamiento es intolerable y, por añadidura, todo esto ha traído como consecuencia que se les hayan acordado a funcionarios policiales tareas que no le corresponden, en perjuicio de sus actividades en beneficio de la colectividad.

La situación antes descrita, summum de la tragedia, se describe en el informe presentado por **Una Ventana a la Libertad**, precisamente, sobre la violación de los derechos humanos en los Centros de Detención Preventiva de Venezuela durante el año 2020. Según la investigación realizada en una muestra significativa de esos centros, el balance se resume en dos palabras, “enfermedades y hambre”, a los que añade Carlos Nieto, “hacinamiento retardo procesal y corrupción”. Esos calabozos se habrían convertido en las nuevas cárceles del Siglo XXI y los datos arrojan que 208 reclusos habrían muerto en ese año, reportándose que 143 habrían fallecido por enfermedades y 42 muertes por fugas, que se refieren como enfrentamientos, siendo la tuberculosis la causante de 86 decesos; la desnutrición, 13; problemas respiratorios, 12; problemas cardíacos y desnutrición juntos, 5; por lo cual concluye que la verdadera pandemia en esos Centros de Detención Preventiva es la tuberculosis¹⁵.

Por otra parte, se impone también la referencia otro elemento que debe llamarnos a la más seria reflexión: el Ministerio de Asuntos Penitenciarios regularmente y, de manera particular, en la época que vivimos de alarma o de pandemia, decide sobre la libertad de los encarcelados, además de resolver su ingreso o traslado a otro establecimiento y otorgar beneficios a los penados, sin participación alguna de los jueces de ejecución; promueve planes de emergencia o “cayapa”, dificultados por la movilización de los jueces y fiscales; o, sencillamente, decide discrecionalmente sobre el “régimen de confianza” para liberar a los presos¹⁶.

3.3. *Los presos políticos y los “políticos presos”*

El panorama desolador de nuestra realidad penitenciaria no puede concluir sin la obligada mención a los presos políticos y las condiciones lesivas a sus

¹⁵ Nieto Palma, Carlos, Enfermedades y hambre; el balance carcelario de 2020, Febrero 26, 2021, <https://www.elnacional.com/opinión/enfermedades-y-hambre-el-balance-carcelario-de-2020>.

¹⁶ Últimas Noticias del 24-4-2020: “La Ministra Iris Varela liberó a 382 presos a quienes otorgó régimen de confianza”.

derechos de su encierro en sedes de los denominados cuerpos de seguridad del Estado o de inteligencia militar, ahora transferida su custodia al Ministerio de Asuntos Penitenciarios y a sus establecimientos, según Decreto del Ejecutivo¹⁷, entre los cuales se encuentran presos, tanto civiles como militares activos o en condición de retiro, sometidos a procesos o condenas ante la jurisdicción militar o la ordinaria, con el denominador común de motivaciones prevalecientemente políticas, bajo los parámetros a los que hemos hecho referencia antes del denominado derecho penal de guerra, apelando a las más diversas imputaciones acusaciones por presuntos delitos contra la seguridad de la nación, financiamiento al terrorismo, asociación para delinquir, delitos del odio, o, simplemente, delitos calificados como comunes, de violencia, financieros o económicos y hasta de corrupción o contra la administración pública, que encubren la persecución contra la disidencia por la defensa y la lucha por las condiciones democráticas, bajo el más amplio concepto representar un peligro por la “estabilidad institucional” o afectar intereses legítimos del “pueblo”.

La realidad de los presos políticos, en un momento dado, trató de encubrirse bajo la argucia leguleyeca de que no son tales, sino “políticos presos”. Esta última, es una frase vacía, con la cual se pretende justificar la persecución y encarcelamiento de quienes ejercen sus derechos y participan en la vida política en cualquiera de sus campos, expresando sus ideas y opiniones o formando parte de organizaciones partidistas, de apoyo o defensa de los derechos humanos, que cumplen su misión de solidaridad social y de denuncia de graves daños y amenazas a los más vulnerables y desasistidos de nuestra sociedad.

Los presos políticos no pueden quedar relegados o cubiertos por la “ley del olvido” que tiende a pasar la página ante su tragedia y mantiene también en la zozobra y desamparo a las familias que padecen la dureza de la pena impuesta, con el sufrimiento y humillaciones que implica su acompañamiento en tan penosa situación y que, por ello, tiene como consecuencia la “aceptación” de cualquier fórmula que implique la excarcelación, aunque sometida a condiciones gravosas de restricción de la libertad y de franca violación a derechos que no pueden ser afectados como la prohibición de declarar a través de cualquier medio de comunicación, sin duda medida inconstitucional y violatoria de la libertad de expresión.

Para poner fin a esta breve alusión a la tragedia penitenciaria venezolana, expresión de la injusticia penal o de la simple constatación de que la justicia entre nosotros es un simple espejismo y añoranza de un valor que nunca hemos internalizado, ni aprendido, me parece pertinente citar al Papa Francisco quien, en dura crítica a la prisión preventiva y a los presos sin condena, expresión de la inversión del sistema penitenciario, ha denunciado que “las deplorables condiciones de detención que se verifican en diversas partes del planeta, constituyen a menudo un auténtico rasgo inhumano y degradante, muchas veces producto del

¹⁷ Decreto 4610, G.O. N° 42.125 del 12-5-2021,

sistema penal, otras veces de la carencia de infraestructuras y de planificación, mientras en no pocos casos no son más que el resultado arbitrario y degradado del poder sobre las personas privadas de libertad”¹⁸.

A MODO DE CONCLUSIÓN

El panorama de la injusticia penal venezolana aquí reseñado, a grandes líneas, no pretende constituirse en motivo para el desaliento, la desesperanza y el escepticismo. Ciertamente, estamos en deuda con la justicia que reclama la sociedad entera y nuestro derecho a la libertad se encuentra suspendido ante la amenaza de ser imputados, acusados o condenados, al margen de los principios y garantías que consagra la Constitución y leyes vigentes. Esta constatación nos obliga y compromete con la urgencia de un cambio, no en las leyes, sino en los hombres y mujeres al servicio de la justicia y del derecho.

Entre nosotros hay ejemplos de luchadores insignes por el respeto a la ley y la defensa de nuestros derechos. Es el caso de Franklin Brito, quien se enfrentó solo al poder y este no pudo doblegarlo, sufriendo, con su familia, el castigo severo por su actitud de protesta pacífica que no pudo ser acallada, sino por la violencia. Se trata de la firme posición de defensa de una vida digna ante el atropello del poder y la injusticia. Defender nuestros derechos de manera inequívoca, sin negociar nuestros principios, debe ser el legado que queremos dejar a las nuevas generaciones, sin que pueda tolerarse que sea merecedor de un castigo quien, sencillamente, ejerce sus derechos: “**qui iure suo utitur, neminem laedit**”.

Caracas. Mayo de 2021

¹⁸ Discurso del Santo Padre Francisco a una delegación de la Asociación Internacional de Derecho Penal, en fecha 23-10-2014.

VII PARTE

AUTORITARISMO

12. EL AUTORITARISMO: PERSPECTIVAS Y BALANCE

Karlos NAVARRO*

I

En sí mismo, el autoritarismo no es un fenómeno nuevo en América Latina. Una breve hojeada a la ya amplia bibliografía sobre el autoritarismo en América Latina deja perplejo al lector.

Al autoritarismo se le ha dado múltiples adjetivos, como “dependiente”, “burocrático”, “corporativo”, “fascista”, “bonapartista”, “militarista”, “estado policial”, etc.

Lo cierto es que durante largo tiempo, el caudillismo y el militarismo han sido rasgos dominantes de la vida política en esta zona, en la que la democracia ha sido más una planta exótica que el resultado esperado de una tendencia a largo plazo.

Para Centroamérica, el siglo XIX significa el nacimiento y constitución de su sociedad, la configuración social y cultural que le dará identidad e historicidad en el conjunto de las nuevas sociedades.

Sin embargo, la particularidad de las sociedades centroamericanas radica en que surgen con una institucionalidad económica, política y cultural marcadamente feudal, como producto de la existencia de una estructura económica volcada a la exportación de materias primas hacia Europa, lo que desarrolló unidades

* Individuo de Número y Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Nicaragua.

económicas sin una red territorial e institucional que cohesionara y que otorgara identidades a los nuevos espacios sociales y políticos a nivel local y regional, llevando a la generación de territorios aislados entre sí. Todo ello impidió la creación de un mercado interno y de la institucionalización de las prácticas sociales mercantiles.

La naturaleza y las características del Estado que surge y se consolida en esta época está definida esencialmente por el tipo de relaciones económicas, productivas y sociales que provenían del período colonial. Es decir, en el nuevo período histórico que se inicia después de la independencia, se mantuvo y reprodujo la estructura económico-social heredada del período colonial, caracterizada por una bajísima regulación; y por una desarticulada estructura territorial.

En este contexto, la centralidad de la práctica política de las élites oligárquicas dominantes estaba orientada a la construcción del Estado, donde lo político estaba definido por la discusión y pugna de intereses entre los distintos sectores y clanes familiares. Estas disputas giraban principalmente en torno a los marcos jurídicos e institucionales necesarios para la institucionalización, funcionamiento y legitimación del nuevo Estado, que se intentará construir bajo los preceptos del Estado moderno y liberal que ya se configuraba en Europa.

No obstante, el que haya surgido un Estado sobre las bases económicas y socioculturales del período colonial, significó, en la práctica, que se haya montado un constitucionalismo -o mejor dicho, una institucionalidad jurídico-política- y una ideología de carácter liberal sobre un sistema económico y social de carácter feudal. Esta superposición llevó a que se levantara un Estado liberal dentro del esquema de relaciones sociales oligárquicas.

Este nuevo orden de cosas queda garantizado de manera formal por la Constitución Federal de Centroamérica de 1824 –calco imperfecto de la norteamericana– fundada en los principios de legalidad y de división de poderes; en el respeto de la propiedad, en la libertad de comercio e industria; y, finalmente, el mantenimiento del orden público y los derechos privados a través del ejército y la policía.

Las funciones que asume el Estado en este modelo, al ser una copia del norteamericano –con algunas mínimas variantes– se reducían a la defensa nacional, al mantenimiento del orden y la seguridad pública, la administración de la Justicia y, en general, la formulación de aquellas reglas jurídicas mínimas que hacen posible el libre juego de los actores económicos en el mercado.

La tarea de esta Administración está orientada hacia la fuerza pública (ejército, policía) lo que es plenamente coherente con la concepción del Estado.

El sistema presidencial fue adoptado en América Latina siguiendo el modelo americano, después de varios intentos de instituir sistemas ejecutivos colegiados. El modelo presidencial latinoamericano entroncó de manera perfecta con

una tradición cultural autoritaria y anti-pluralista; y esto garantizó la continuación de las tradiciones personalizadas, caudillistas y autocráticas de ejercer el poder, y se aseguró que los poderes legislativos y judicial tuviesen una posición débil y subordinada frente al poder ejecutivo. Y, muchas veces esta relación Ejecutiva y legislativa, más que formar un sistema de “contrapesos”, se convirtió en una relación de mutuo bloqueo.

El siglo XIX, al tener un desarrollo histórico abrupto, inconclusas revolución burguesa que no pudieron dismantelar el autoritarismo absolutista, y que consolidara a la burguesía como la fuerza conductora de la sociedad y de paso, que lograra unificar el poder político y jurídico, crear ejércitos y dar vida a una burocracia administrativa, surge una versión autóctona y atrofiada de Estado, independientemente de su orientación ideológica, y de su forma de gobierno.

II

A pesar de haber transcurrido varias décadas de expansión productiva y de estímulos modernizantes, en Nicaragua no se logra descomponer del todo las estructuras sociales preexistentes al momento de la independencia; que se caracterizan por un orden semi-feudal.

Con este sistema de relaciones productivas se consolida el fenómeno del clientelismo que, a pesar de tener su origen en las haciendas y de ser un sello distintivo de las prácticas sociales y políticas de la oligarquía, se transformará en una característica esencial de la cultura política y, como tal, atravesará toda la historia política de Nicaragua a partir de expresiones más elaboradas.

Al ser parte de las prácticas políticas del régimen oligárquico, el clientelismo se expandió y desarrolló también en los sectores urbanos en el siglo XX, donde incluyó a funcionarios, administrativos, empleados de banca y de comercio, que eran incorporados al sistema de relaciones clientelares mediante su adhesión a las directivas del partido del poder y su adaptación, como valores propios, de los modelos de vida y de comportamiento que ofrecía el sistema político.

Más tarde, ya institucionalizado como práctica social, el clientelismo político se constituye en el instrumento más eficiente para recibir cualquier tipo de apoyo, a través de la promesa de dar u otorgar un beneficio a quien se compromete a brindarlo.

Su origen viene dado por la coexistencia de estructuras de poder desiguales y asimétricas, junto con el desarrollo de lealtades interpersonales basadas en el favoritismo. Una vez institucionalizado como práctica cultural se convierte en un sistema de relaciones de reciprocidad, utilizado como mecanismo de intercambio comunitario y de integración social. En este sistema de relaciones de reciprocidad se conjugan el prestigio y el poder.

La expresión máxima de este sistema lo encontramos en el período de la dictadura de la familia Somoza, como en los gobiernos de Vargas en Brasil (1930 a 1945 y 1950 a 1954) y de Perón en Argentina (1946 a 1955), y se caracterizó por crear una coalición multclasista de intereses urbanos e industriales, que incluye a la élite industrial y al sector popular urbano

En lo político-administrativo esta época está marcada por un impulso centralizador que lleva ya en 1936, primer año de gobierno de Somoza García, a la supresión de la autonomía municipal y a la sustitución de alcaldes electos por Juntas Locales nombradas por el ejecutivo.

Es notable, y aún paradójico, el hecho que durante este período, poco a poco, el Estado fue ampliando sus funciones y se transformó en un agente protagónico del desarrollo –hacia adentro, que tenderá a generar mecanismos y estrategias de desarrollo económico a través de un capitalismo de Estado que será un instrumento que cambiará las estructuras económicas y sociales del país, ya que fomenta la industrialización sustitutiva de importaciones; invierte en obras de infraestructura, expande los servicios públicos y promueve cambios estructurales con el fin de integrar a los sectores medios y populares.

Para cumplir estos objetivos, la acción del Estado se hacía fundamental, en tanto era el único instrumento que podía generar una intervención capaz de crear las condiciones iniciales para el desarrollo, corrigiendo para ello la estructura social que impedía la expansión interna del mercado y, con ello, la emergencia de una sociedad moderna.

Es decir, ante la inexistencia de bases e instituciones sociales que pudiesen llevar por si solas a cabo el proceso de modernización y desarrollo, se definió al Estado como el único instrumento capaz de generar las estrategias e implementar las medidas tendentes a crear y consolidar las prácticas sociales de una economía capitalista, así como de promocionar el desarrollo y regular la distribución de la riqueza.

El tipo de Estado que surge a partir de los postulados de la CEPAL es el denominado “Estado desarrollista”, y el modelo de desarrollo que se encuentra asociado a éste es el modelo de Industrialización por Sustitución de Importaciones, que en términos generales buscaba la industrialización través de la sustitución de bienes de consumo “simples”, cuya elaboración no requería una alta tecnología, y cuya rentabilidad estaba asegurada por la manutención de un mercado cautivo a través de una alta tasa impositiva a los bienes importados.

A este sistema que se impone en los años 60, se le llama políticamente burocrático autoritario. Entre la característica principal de este sistema es que es “excluyentes” y tienen un énfasis no democrático.

Los actores principales de la coalición dominante son los tecnócratas de alto nivel -militares y civiles, de dentro y de fuera del Estado- que colaboran en estre-

cha asociación con el capital extranjero. Esta nueva élite elimina la competencia electoral y controla severamente la participación política del sector popular.

III

Los años ochenta en Nicaragua, vivió una guerra civil, que destruyó la económica, dejó miles de muertos, mutilados, exiliados, la destrucción de la infraestructura, una inmensa deuda externa. Sin embargo, la nota más característica de este período es que ante la carencia de la más elemental infraestructura administrativa, y ante la falta de un plan de reforma administrativa, se dio una identificación política y administrativa del partido y del Estado, que se manifestó en todo el territorio nacional y de forma marcada en las zonas rurales.

El escritor y en ese momento Vicepresidente del país Sergio Ramírez, calificó este orden de cosas, como “feudalismo institucional”, es decir un grado de descoordinación entre instituciones que en muchos casos actuaban de espaldas las unas de las otras, sino en abierta competencia por esferas de poder. Escribe: “Esta identificación fue especialmente grande en el campo y en los sectores más alejados, donde los delegados del FSLN eran en muchas ocasiones la única presencia “institucional”. Lo que unido a su prestigio y peso político, hacía que la población se dirigiera a ellos para asuntos tanto de naturaleza política como administrativa. Esta identificación continuó más allá de los primeros años y en general se vio reforzada por la guerra, que impuso una mayor unidad del Estado, el Ejército y el FSLN, a través de lo que se llamó “mando único”, implantado a principios de 1985”.

De esta forma, el Estado y la Administración pública fue creciendo de una manera desordenada, no planificada, y a veces en direcciones contradictorias, lo que acentuó la competitividad, el feudalismo institucional, las duplicidades e incluso las contradicciones legales entre los organismos estatales.

A lo que el Vicepresidente le llamó “mando único” no era más la expresión del Estado Burocrático-Autoritario, en donde el Estado se caracterizaba por anular todos aquellos mecanismos políticos y democráticos con el fin de imponer por la fuerza su control, pero con un discurso de izquierda.

En los años noventa, el resultado de las elecciones fue el triunfo de la coalición de Partidos Políticos identificado como Unión Nacional Opositora (UNO). En los primeros años de gobierno, la Presidenta Violeta Barrios de Chamorro implementó un programa de reforma al Estado (Programa de Estabilización Económica y Ajuste Estructural de la economía, con la ayuda del Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Asociación Internacional para el Desarrollo (IDA) del Banco Mundial que centró sus esfuerzo en la estabilización y balance de los indicadores macroeconómicos, a partir del elevado déficit fiscal, resultado de aproximadamente 10 años de política expansiva de Estado.

Se estableció entonces un programa de reforma, con enfoque reduccionista. Este tipo de estrategia será la que se impondrá a nivel latinoamericano, y es llamada comúnmente como “ajuste estructural”. Sin embargo, estas políticas perseguían: la racionalización del papel del gobierno y del tamaño del sector público, la liberalización del comercio, del sistema financiero, la reducción del gasto público, del déficit fiscal, la modernización del sector productivo, la descentralización y la privatización de los servicios públicos.

IV

El socialismo del siglo XXI fue un concepto originalmente formulado en 1996 por el sociólogo alemán Heinz Dieterich Steffan, que surgió como «producto de la reflexión sobre el socialismo soviético-oriental del siglo XX». El término adquirió difusión mundial desde que fue mencionado en un discurso por el entonces presidente de Venezuela, Hugo Chávez, el 30 de enero de 2005 desde el V Foro Social Mundial

A pesar del nombre, el modelo propuesto por los socialistas del siglo XXI sigue teniendo una fuerte carga de autoritarismo, apuestan por el proteccionismo, por liderazgos carismáticos, populistas y por rechazar las instituciones y la institucionalidad. Además, promueven la relación directa entre el líder, los parlamentos y los partidos.

En América Latina el autoritarismo y el populismo ha demostrado tener, históricamente, gran capacidad de resistencia y habilidad para ir mutando a lo largo del siglo XX y el XXI.

De esta forma, el populismo ha ido mostrando su capacidad de resistencia a desaparecer, madurando en terrenos apropiados: las crisis políticas e institucionales, así como las crisis económicas y sociales que acaban siendo excelentes caldos de cultivo, ideales para que germinen, crezcan, se desarrollen e incluso muten.

En América Latina existe un caldo de cultivo que favorece tales fuerzas: el de la desafección e insatisfacción ciudadana hacia un Estado ineficiente y un sistema de partidos que no articula adecuadamente las demandas y que está bajo la sombra de la corrupción. Una ciudadanía, que ha progresado socialmente, pero que, con el bajo crecimiento económico.

En realidad, lo que está aconteciendo en el panorama político latinoamericano es la cuesta abajo de una “cierta” forma de gobernar.

El catedrático Manuel Alcántara, ha concluido que el populismo autoritario ha regresado a América Latina producto de la desafección política, dudas en el modelo económico impulsado en los ochenta y noventa, creciente brecha social, reformas decepcionantes y fuerte desgaste y descreimiento de la ciudadanía con respecto a los partidos tradicionales.

El populismo crece en la medida en que las instituciones democráticas son débiles y el contexto de crisis propicia la emergencia de liderazgos demagógicos.

Los regímenes populistas han sesgado la libre competencia electoral, restringida la libertad de las asociaciones de interés y han incrementado el nivel de represión, unas políticas públicas de distribución de recursos estatales a sectores marginales, en forma de asistencialismo y alianza con sectores oligárquicos tradicionales y fuerzas armadas.

Lo cierto que como se le llame, el caudillismo y el militarismo siguen siendo regímenes dominantes en la región, y la democracia una ilusión en el siglo XXI.

13. LOS PECADOS CAPITALES DEL SISTEMA DE GOBIERNO EN VENEZUELA Y EL FALSEAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO

Gerardo FERNÁNDEZ VILLEGAS*

El sistema de gobierno consagrado en la constitución venezolana de 1999, ha favorecido un exacerbado desequilibrio institucional a favor de poder ejecutivo nacional, vulnerando el principio de la separación de poderes, pilar fundamental de la democracia, y creando las condiciones para el falseamiento del estado de derecho en Venezuela y la ruptura del orden constitucional.

Pretendo exponer en este trabajo las debilidades, los errores, los pecados capitales en que incurre el sistema de gobierno presidencialista consagrado en la constitución, que han favorecido ese desequilibrio institucional y que han contribuido de manera definitiva al falseamiento del estado de derecho en nuestro país.

Identificaremos y analizaremos los pecados capitales del sistema de gobierno que favorecen y profundizan el desequilibrio institucional a favor del ejecutivo, a saber: el mandato largo, fijo y rígido del Presidente de la República, que profundiza la crisis de gobierno por la permanencia excesiva de una misma persona en el cargo; el sistema electoral presidencial simple, que no favorece al candidato ganador gozar de una sólida legitimidad de origen; la reelección indefinida, que conduce a la autocracia y al caudillismo; el Vicepresidente Ejecutivo designado que no goza de legitimidad para subrogarse en la presidencia de la república, en casos de falta absoluta; la habilitación legislativa sin límites temporales, materiales y sin control político, que en caso de mayorías presidencial y parlamentaria que coincidan pueden producir abandono de la función legislativa por parte del parlamento; el poder legislativo debilitado estructuralmente y fun-

* Profesor derecho constitucional e Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

cionalmente, en virtud del unicameralismo; la constitución militarista, que desvirtúa y debilita la institucionalidad de la fuerza armada; la estructura monocéfala del ejecutivo, que maximiza los riesgos de desgaste y deslegitimación del jefe de estado y de gobierno como una misma autoridad agravado por la inexistencia de salidas institucionales a las crisis de gobernabilidad y; por último, el centralismo exacerbado y el debilitamiento de los partidos políticos.

Todo lo anterior constituyen características específicas del sistema de gobierno venezolano que contribuyen, crean las bases, para el desequilibrio institucional, el falseamiento del estado de derecho y el quiebre constitucional que vive Venezuela.

1. EL MANDATO DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EXCESIVAMENTE LARGO

El artículo 230 de la constitución venezolana establece un período presidencial de seis años. En comparación con los demás países del continente, definitivamente, constituye uno de los mandatos más largos, junto con el consagrado en la constitución mexicana, con la particularidad que no se admite la reelección presidencial.

En un sistema presidencialista como el nuestro, donde el mandato es rígido y fijo, diseñado para no ser interrumpido, y que no cuenta con salidas institucionales que permitan la resolución rápida y no traumáticas a los conflictos derivados de las crisis de legitimidad gubernamental, lo que generan es que las crisis en cuestión se conviertan en crisis de estado y se genere un entrapamiento político de muy difícil resolución.

Es un hecho normal en política, que la legitimidad de origen obtenida con el apoyo electoral al momento de la elección presidencial, se vaya diluyendo en el tiempo, todo ello por el lógico desgaste político que genera la gestión gubernativa. Mientras más años en el poder, mayor desgaste, lo cual se agrava si la solución electoral para la alternancia en el poder se aleja en el tiempo.

Además, la prolongada permanencia en el poder del jefe del ejecutivo favorece que las instancias de control político del estado se vayan “colonizando” por el controlado, favoreciendo el desequilibrio institucional, perturbador del orden democrático. Un presidente de la república con una permanencia muy larga va a participar por mucho tiempo de manera directa o indirecta en los actos de designación de las otras autoridades políticas del estado y con ello su influencia puede ser dañina para la autonomía e independencia de los otros órganos del poder. Ante mandatos muy largos, el Presidente de la República tiene más tiempo para ejercer su poder de nominación y nombramiento de funcionarios de otros órganos del poder público, que inclusive deben servir de control y contrapeso del ejecutivo. Ello sin duda, podría atentar contra la autonomía y el equilibrio que debe existir entre los órganos del poder público y la democracia misma.

Un mandato largo podría ser un mecanismo para reducir o limitar temporalmente el control electoral y de los otros órganos del poder sobre el gobierno y, por ello, constituye una forma de menoscabar la democracia. Mientras más cortos los períodos presidenciales, más oportunidades tiene la población de decidir sobre quién lo va a gobernar. Mientras más corto es el mandato presidencial, más cerca están las posibilidades de un control político electoral.¹ Por ello, la tendencia en los sistemas constitucionales del continente es consagrar mandatos presidenciales a 4 años.

La constitución venezolana de 1999 incurre en el error de establecer un mandato excesivamente largo y rígido, con las nefastas consecuencias que eso puede originar en un sistema presidencialista, sin salidas institucionales y no traumáticas a las crisis de legitimidad. El mandato largo, en el contexto descrito, contribuye al desequilibrio entre los órganos del poder a favor del ejecutivo, lo cual fácilmente conduce al falseamiento de estado de derecho.

2. LA REELECCIÓN INDEFINIDA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

La constitución venezolana en su Enmienda No. 1 del 15 de febrero de 2009, establece la reelección indefinida.² Lo anterior constituye el más dañino de los pecados capitales del sistema. La reelección indefinida conduce al caudillismo

¹ Sobre este punto es interesante ver la reflexión que realiza la Corte Constitucional colombiana en sentencia C-141/10, que declaró inexecutable la Ley 1345 del 2009, por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional para permitir una segunda reelección inmediata del Presidente de la República.

² Enmienda N° 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
Artículo 1°. Se enmienda la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante la modificación de los artículos 160, 162, 174, 192 y 230, en la forma siguiente:

Artículo 160. El gobierno y administración de cada Estado corresponde a un Gobernador o Gobernadora. Para ser Gobernador o Gobernadora se requiere ser venezolano o venezolana, mayor de veinticinco años y de estado seglar.

El Gobernador o Gobernadora será elegido o elegida por un período de cuatro años por mayoría de las personas que voten. El Gobernador o Gobernadora podrá ser reelegido o reelegida.

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. El Consejo Legislativo tendrá las atribuciones siguientes:

1. Legislar sobre las materias de la competencia estatal.
2. Sancionar la Ley de Presupuesto del Estado.
3. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley.

Los requisitos para ser integrante del Consejo Legislativo, la obligación de rendición anual de cuentas y la inmunidad en su jurisdicción territorial, se regirán por las normas que esta Constitución establece para los diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, en cuanto les sean

y la autocracia y, se agrava aún más la situación, cuando se establece, como lo indicamos en el punto anterior, un mandato presidencial largo de seis años.

En primer lugar, la reelección indefinida es un atentado al principio de la alternabilidad en el poder, piedra angular de la libertad política y de nuestra constitución republicana, consagrado en el artículo 6 del texto fundamental.³

El poder otorga ventajas que facilitan mantenerse en el poder. Desde el poder se va adquiriendo más poder; es más fácil controlar y “colonizar” las instituciones y sus autoridades; se desarrollan herramientas para el ventajismo electoral y se financia más fácilmente, y quizás de manera fraudulenta, el aparato político partidista de apoyo presidencial. Con mucha facilidad, desde el poder, se pueden desarrollar tentáculos para debilitar al adversario político y se pueden poner a disposición presidencial recursos, logísticas y facilidades que desequilibran cualquier proceso electoral a favor del presidente-candidato.

La reelección indefinida estimula el abuso del poder como una herramienta para permanecer en el mismo y estimula y facilita el mesianismo, el personalismo y el caudillismo. En definitiva, la reelección indefinida es inconveniente para todas las democracias y, muy especialmente, para aquellas de países con

aplicables. Los legisladores o legisladoras estatales serán elegidos o elegidas por un período de cuatro años, pudiendo ser reelegidos o reelegidas. La ley nacional regulará el régimen de la organización y el funcionamiento del Consejo Legislativo.

Artículo 174. El gobierno y la administración del Municipio corresponderán al Alcalde o Alcaldesa, quien será también la primera autoridad civil. Para ser Alcalde o Alcaldesa se requiere ser venezolano o venezolana, mayor de veinticinco años y de estado seglar. El Alcalde o Alcaldesa será elegido o elegida por un período de cuatro años por mayoría de las personas que votan, y podrá ser reelegido o reelegida.

Artículo 192. Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional durarán cinco años en el ejercicio de sus funciones, pudiendo ser reelegidos o reelegidas.

Artículo 230. El período presidencial es de seis años. El Presidente o Presidenta de la República puede ser reelegido o reelegida.

Artículo 2°. Imprímase íntegramente la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y publíquese a continuación de esta Constitución la Enmienda sancionada y anótese al pie de los artículos 160, 162, 174, 192 y 230 del texto constitucional la referencia de número y fecha de esta Enmienda.

Sancionada por la Asamblea Nacional a los catorce días del mes de enero de dos mil nueve y aprobada por el pueblo soberano de la República Bolivariana de Venezuela, mediante referendo constitucional, a los quince días del mes de febrero de dos mil nueve. Año 198° de la Independencia y 149° de la Federación.

Plaza Pérez Bonalde de Catia Parroquia Sucre Municipio Libertador, en Caracas, a los diecinueve días del mes de febrero de dos mil nueve. Años 198° de la Independencia, 149° de la Federación y 11° de la Revolución Bolivariana.

³ 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.

instituciones débiles y las llamadas democracias frágiles, cuyo ejemplo histórico son nuestros países latinoamericanos, en los que la reelección indefinida (y los sistemas de más de una reelección) llevan consigo el abuso de poder, al relajamiento de los controles y a elecciones que dejan de ser imparciales y libres. Con el tiempo el ciudadano vota, pero no elige.

La reelección indefinida o un sistema de más de una reelección permite la figura del presidente-candidato. Tal dualismo favorece el ventajismo electoral, disminuye las garantías electorales de igualdad y no discriminación entre candidatos, permite el uso indiscriminado de bienes y servicios del Estado a favor de la campaña del presidente-candidato. En definitiva, se facilita el abuso y la corrupción. Ello hace que los sistemas presidenciales se conviertan en sistemas personalistas y caudillistas, desdibujando no solo el sistema de gobierno, sino la democracia misma. La reelección indefinida favorece el continuismo y la autocracia, presupuestos esenciales del totalitarismo.

Sobre los efectos y consecuencias nefastas para la democracia se han pronunciado, tanto el Tribunal Supremo de Justicia venezolano, en Sala Electoral⁴, como la Corte Constitucional de Colombia al momento de conocer sobre el tema de la reelección en la sentencia que declaró inexecutable la Ley 1345 del 2009, por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional para permitir una segunda reelección inmediata del Presidente de la República. En tal sentido, dicha Corte consideró que dos reelecciones presidenciales implican una acumulación de poder en el Ejecutivo que introduce desbalances en las relaciones con otras ramas del Poder Público. Asimismo, implican una afectación mayor al principio de la alternabilidad e igualdad, pues restringe las posibilidades de que otras personas replacen al gobernante de turno.⁵

Por demás debemos señalar, que la tradición republicana y la historia constitucional venezolana han impuesto el principio de la no reelección indefinida en Venezuela. Ya desde la constitución originaria de 1811 se negaba la reelección indefinida y la constante en nuestro país ha sido negar la reelección inmediata y solo admitir que los expresidentes de la República se postulen nuevamente luego de transcurrido un período presidencial.

En Latinoamérica la tendencia es protegerse constitucionalmente del mal endémico del caudillismo y del personalismo, prohibiendo la reelección indefinida, en algunos casos y, limitando la posibilidad de la reelección, en otros. La reelección indefinida es excepcional, siendo el caso venezolano el más relevante.

⁴ Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia No. 51 de la Sala Electoral de fecha 18 de marzo de 2002, caso reelección ilimitada en la Federación Venezolana de Maestros.

⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. C- 141/10 de fecha 26 de febrero de 2010, la cual declaró inexecutable la Ley 1345 del 2009.

Paraguay, México, Guatemala y Chile prohíben la reelección. Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Estados Unidos de América y Ecuador, permite una reelección inmediata. El resto de los países, a saber, El Salvador, Perú, Panamá y Uruguay admiten que un expresidente se postule de nuevo, transcurrido un mandato presidencial y de esta forma prohíben la reelección inmediata y evitan la figura del candidato-presidente.

Debemos señalar como dato importante, que Costa Rica fue el primer país que, por vía judicial, abordó el tema de la reelección en América Latina, prohibiendo la reelección presidencial.

Lamentablemente, países como Bolivia⁶, Honduras⁷ y Nicaragua⁸, resuelven por vía judicial, las reformas de sus constituciones, para dar cabida constitucional a más de una reelección o la reelección indefinida. Práctica nefasta, a nuestro modo de ver, en los sistemas constitucionales latinoamericanos. En el caso ecuatoriano, el 4 de diciembre de 2015, la Asamblea Nacional de Ecuador aprobó una enmienda constitucional, impulsada por el partido Alianza País, liderado en aquel entonces por el propio Presidente Correa, que eliminó los límites a la reelección presidencial a partir del año 2021. La Corte Constitucional del Ecuador había afirmado, sobre esta reforma constitucional, que la eliminación de los límites a la reelección presidencial no alteraba los fundamentos constitucionales básicos, ni la organización del estado y no restringía derechos, por el contrario, ampliaba los derechos de participación, de tal manera que podía ser procesada como reforma constitucional por conducto del Poder Legislativo.⁹ Pero es el caso, que habiendo sido electo Lenín Moreno como Presidente de la República en mayo de 2017, éste decidió convocar a un referendo en el que, entre otras cosas, se preguntó si se debía enmendar nuevamente la Constitución para limitar la reelección a una sola. El 4 de febrero de 2018, un 64% de los ecuatorianos votó en favor de dicha pregunta, con lo que se anuló la enmienda constitucional de 2015, que había eliminado los límites a la reelección presidencial.

En definitiva, la reelección indefinida al vulnerar, como lo hemos señalado anteriormente, el principio de la alternancia en el poder y favorecer el caudillismo, atenta contra la democracia misma y con ello el falseamiento del estado de derecho y el quiebre del orden constitucional.

⁶ Sentencia Estado Plurinacional de Bolivia. Número: 0084/2017. De fecha 28 de noviembre de 2017. Sala Plena. Expediente: 20.960 – 2017- 42- AIA. Disponible en <https://www.ccdpc.org.co/single-post/2017/12/12/SENTENCIA-CONSTITUCIONAL-PLURINACIONAL-00842017>

⁷ Corte Suprema de Justicia de Honduras. Sentencia de la Sala Constitucional de fecha 22 de abril de 2015.

⁸ Corte Suprema de Justicia de Nicaragua. Sentencia No. 504 de la Sala Constitucional de fecha 19 de octubre de 2009.

⁹ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia No. 001-14-DRC-CC de fecha 31 de octubre de 2014. Caso No. 0001-14-RC.

3. EL SISTEMA ELECTORAL SIMPLE PARA ELEGIR AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

El artículo 228 constitucional establece, que la elección del Presidente de la República se hará por votación universal, directa y secreta y se proclamará electo el candidato que hubiere obtenido la mayoría de votos válidos, consagrando de esta forma un sistema electoral simple para la elección del Presidente de la República: gana el candidato que obtenga más votos, en una sola vuelta electoral.¹⁰

Somos del criterio que el sistema presidencial y el presidencialismo latinoamericano, deben procurar la mayor base de sustentación electoral al momento de elegir al Presidente de la República, a fin de procurar una mayor legitimidad del candidato electo. Un sistema electoral simple, como el consagrado en la constitución venezolana, solo maximiza la posibilidad de que a corto plazo el presidente, desgastado por la gestión gubernativa, pierda sustento, apoyo y confianza, lo que va a generar indefectiblemente una crisis de legitimidad en el órgano ejecutivo del poder, con las consecuencias inmediatas sobre la gobernanza del país. Haber consagrado un sistema electoral para elegir al Presidente de la República como el descrito, a nuestro modo de ver, constituye un “pecado capital” del sistema de gobierno venezolano.

En efecto, un sistema mayoritario simple para elegir al Presidente de la República, tanto más en un sistema presidencial o presidencialista, favorece la decisión del elector, pero no la representatividad del elegido y su legitimidad electoral. En un sistema como éste se impone la mayoría, que puede ser precaria, sobre el resto del cuerpo electoral. Siendo que lo importante en sistema presidencial o presidencialista, de mandato largo y rígido, es que el Presidente de la República pueda soportar el mayor tiempo posible el desgaste que implica gobernar y, para ello, una legitimidad de origen que lo sustente y le dé fuerza política puede ser muy útil.

Un sistema mayoritario simple definitivamente no otorga esa representatividad y esa legitimidad electoral que requiere un Presidente de la República, en un sistema de gobierno como el nuestro; se requiere un sistema que garantice una representativa y una legitimidad suficiente para minimizar las crisis de confianza que pudieran surgir. Lo anterior podría convertirse en una fuente de inestabilidad gubernamental, que en el contexto de nuestro sistema de gobierno, seguramente redundará en favorecer el falseamiento del estado de derecho. Este sistema electoral es un elemento de distorsión político-constitucional que contribuyen a la imperfección del sistema.

¹⁰ Artículo 228. La elección del Presidente o Presidenta de la República se hará por votación universal, directa y secreta, en conformidad con la ley. Se proclamará electo o electa el candidato o la candidata que hubiere obtenido la mayoría de votos válidos.

4. EL VICEPRESIDENTE EJECUTIVO NO ELECTO

Conforme al sistema constitucional venezolano, el Vicepresidente Ejecutivo es un funcionario designado por el Presidente de la República, por lo tanto, de libre nombramiento y remoción. Al ser el Vicepresidente Ejecutivo un funcionario de libre remoción del Presidente, se convierte en un agente del mismo y no goza de una legitimidad electoral de origen. Tal situación es única en los regímenes presidencialistas latinoamericanos. Dicha figura, en el resto del continente, es electa en fórmula electoral con el Presidente de la República, en lo que se denomina en algunos países del continente como el binomio electoral o en fórmula electoral.

Sin duda alguna, la elección del vicepresidente le otorgaría la legitimidad suficiente en caso de suplir las vacantes temporales y absolutas del Presidente de la República y minimiza, para este supuesto, los riesgos de desconfianza y de ilegitimidad que podrían conducir a una crisis de gobernabilidad.

La situación resulta más complicada en el sistema venezolano, cuando se produce la vacante absoluta en la presidencia de la república en los dos últimos años del período constitucional. En este caso, el Vicepresidente Ejecutivo es llamado a culminar el mandato presidencial.¹¹ En este supuesto, la legitimidad que otorga haberse sometido a una elección podría ser fundamental, para poder sobrellevar la tarea encomendada y las competencias atribuidas; políticamente podría estar en una situación de desventaja y de debilidad, que fácilmente podría generar en una crisis de gobernabilidad, difícilmente superable. Esta crisis, sin lugar a dudas, contribuiría, en el contexto estudiado, al desequilibrio institucional

¹¹ Artículo 233. Serán faltas absolutas del Presidente o Presidenta de la República: su muerte, su renuncia, o su destitución decretada por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia; su incapacidad física o mental permanente certificada por una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia y con aprobación de la Asamblea Nacional; el abandono del cargo, declarado como tal por la Asamblea Nacional, así como la revocación popular de su mandato.

Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente electo o Presidenta electa antes de tomar posesión, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o la nueva Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional.

Si la falta absoluta del Presidente o la Presidenta de la República se produce durante los primeros cuatro años del período constitucional, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o la nueva Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Vicepresidente Ejecutivo o la Vicepresidenta Ejecutiva.

En los casos anteriores, el nuevo Presidente o Presidenta completará el período constitucional correspondiente.

Si la falta absoluta se produce durante los últimos dos años del período constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo o la Vicepresidenta Ejecutiva asumirá la Presidencia de la República hasta completar dicho período.

y al falseamiento el estado de derecho y podrían profundizar una situación que conduzca a la ruptura misma de orden constitucional.

5. LA HABILITACIÓN LEGISLATIVA, SIN LÍMITES NI CONTROLES

Conforme al numeral 8° del artículo 236 de la Constitución, el Ejecutivo Nacional cuenta una potestad normativa excepcional cuando, en virtud de la habilitación legislativa acordada mediante ley por la Asamblea Nacional, dicta decretos leyes. Dichos actos normativos tienen fuerza, valor y carácter de ley, pudiendo derogarlas o modificarlas parcialmente. Por su parte, el Artículo 203 constitucional establece, que “Son leyes habilitantes las sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, a fin de establecer las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República, con rango y valor de ley. Las leyes habilitantes deben fijar el plazo de su ejercicio.”

El problema radica, en que la constitución no señala mayores requisitos de forma y de fondo que se debe cumplir para otorgar la habilitación legislativa y dictar los decretos leyes con base en dicha habilitación; solo indica, que la ley debe ser sancionada por una mayoría calificada de las tres quintas partes de los integrantes de la Asamblea Nacional y ésta debe señalar la directrices, propósitos y marco de las materias que se “delegan”. A nuestro modo de ver, el no establecimiento de límites y parámetros precisos al ejercicio de esta potestad normativa excepcional constituye un “pecado capital” o error del sistema constitucional que permite desvirtuar el útil mecanismo de la habilitación legislativa. La habilitación legislativa, para su funcionamiento democrático, debe tener límites precisos y parámetros muy bien determinados, de esta forma, no se convierte en un instrumento de desequilibrio institucional a favor del ejecutivo y no constituye un atentado a la reserva legal y el régimen de libertades individuales. Todo lo cual conduce al falseamiento el estado de derecho.

Constituye un grave error, que nuestro texto constitucional no estableciera límites al ámbito material de la habilitación. Dicha habilitación debería circunscribirse a ámbitos muy específicos y limitados; lo ideal sería admitir la habilitación exclusivamente en el ámbito económico y financiero.

La habilitación no debe ser jamás una “suerte de cheque en blanco”, como ha sido la práctica utilizada durante la vigencia de la Constitución de 1999, habilitando al ejecutivo de manera general, abstracta y vaga, otorgando unos verdaderos plenos poderes. El objeto debe ser preciso y limitado, por lo cual esta ley de habilitación debe contener los principios a los cuales los futuros decretos leyes deben adecuarse. Sobre este tema, nuestro texto constitucional nada prescribe, cometiendo un grave error al permitir que la habilitación pueda invadir toda la reserva legal.

Igualmente, la habilitación debe estar justificada en la necesidad, la urgencia y el interés público, dado su carácter excepcional; solo se debe habilitar cuando la necesidad y el interés público así lo requiera.

Asimismo, la habilitación de ser limitada en el tiempo; la temporalidad debe tener una relación directa con el cese de la crisis o la superación de la necesidad que la justificó y debe cesar la misma cuando dicha crisis sea superada o pueda ser superada. Se impone en el ámbito de la habilitación legislativa, para evitar incurrir en excesos y desvirtuar su carácter democrático, que el texto constitucional imponga límites temporales, materiales y requiera de la urgencia y necesidad como justificación para su procedencia.

Durante la vigencia de la Constitución de 1999, se ha habilitado al Ejecutivo Nacional por tiempo excesivo, contrariando la naturaleza excepcional y urgente de la habilitación y, además, dentro de un ámbito material excesivamente amplio y general. Así, podemos señalar que durante los primeros quince años de vigencia de la Constitución de 1999, se otorgaron poderes extraordinarios al Presidente de la República en cinco oportunidades, para un total de tiempo habilitado de cinco años y seis meses, dictándose aproximadamente doscientos cincuenta decretos leyes en los ámbitos más variados.¹²

En definitiva, las habilitaciones legislativas han tenido un ámbito temporal excesivo y un alcance material general, vago, abstracto e impreciso; más que una habilitación, constituye el abandono de una potestad parlamentaria fundamental. Ello vulnera el principio de la separación de poderes y el equilibrio democrático que debe existir entre el legislativo y el ejecutivo.

Para agravar la situación, la constitución de la república no prevé ni el control preventivo jurisdiccional de las leyes habilitantes, ni el control político de los decretos leyes productos de la habilitación.

La Constitución de 1999 permite ese desequilibrio y hace de este instrumento un mecanismo de distorsión de la estabilidad democrática misma y puede conducir muy fácilmente a falseamiento del estado de derecho.

¹² En este sentido, ver Ley Orgánica que autoriza al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en Materia Económica y Financiera Requeridas por el Interés Público publicada en Gaceta Oficial No. 36.687 del 26 de abril de 1999; Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan publicada en Gaceta Oficial No. 38.617 del 1 de febrero de 2007; Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.009 del 17 de diciembre de 2010; Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.112 del 19 de noviembre de 2013; Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan para la garantía reforzada de los derechos de soberanía y protección del pueblo venezolano y el orden constitucional de Venezuela publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.178 del 18 de marzo de 2015.

6. LA CONSTITUCIÓN MILITARISTA

El régimen de seguridad y defensa establecido en la Constitución de 1999, constituye “un pecado capital” del sistema presidencialista. La constitución es militarista y contribuye a que se produzca un inevitable desequilibrio a favor del Poder Ejecutivo y se refuerce el caudillismo militar, afectando negativamente el sistema de gobierno y el sistema político democrático. En el texto constitucional se promueve un estado militarista que atenta contra el estado civil, socavando las bases de este gran logro de la democracia occidental.

En primer lugar debemos señalar, que conforme a la Constitución de 1999, en sus artículos 322¹³ y 326¹⁴, la seguridad de la nación es competencia esencial y responsabilidad del estado. Conforme a dichos artículos, se establece una corresponsabilidad entre el estado, la sociedad civil y las personas naturales y jurídicas.

Lo anteriormente señalado hace responsable de la seguridad nacional, no sólo a la autoridad pública en términos generales y amplios, sino también a los ciudadanos, la sociedad civil organizada y las personas jurídicas de derecho privado, con forma asociativa civil o mercantil. Este concepto amplio, general y globalizante pretende convertirnos en un estado militar o militarizado, donde todos, sin excepción, tenemos la obligación de asumir un rol en la seguridad nacional.

Además, el artículo 326 de la Constitución establece que la seguridad nacional se fundamenta en el desarrollo integral de la nación y procura la satisfacción progresiva de las necesidades individuales y colectivas de los venezolanos, sobre las bases de un desarrollo sustentable y productivo de plena cobertura para la comunidad nacional. El principio de la corresponsabilidad antes señalada en el ámbito de la seguridad y defensa nacional, se ejerce sobre los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar. Con ello se habilita, en los términos más amplios, la intervención militar en los asuntos civiles.

Por su parte el artículo 328 constitucional¹⁵ establece, que la Fuerza Armada Nacional tiene una participación activa en el desarrollo nacional. Bajo este con-

¹³ Artículo 322. La seguridad de la Nación es competencia esencial y responsabilidad del Estado, fundamentada en el desarrollo integral de ésta y su defensa es responsabilidad de los venezolanos y venezolanas; también de las personas naturales y jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado, que se encuentren en el espacio geográfico nacional.

¹⁴ Artículo 326. La seguridad de la Nación se fundamenta en la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil, para dar cumplimiento a los principios de independencia, democracia, igualdad, paz, libertad, justicia, solidaridad, promoción y conservación ambiental y afirmación de los derechos humanos, así como en la satisfacción progresiva de las necesidades individuales y colectivas de los venezolanos y venezolanas, sobre las bases de un desarrollo sustentable y productivo de plena cobertura para la comunidad nacional. El principio de la corresponsabilidad se ejerce sobre los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar.

¹⁵ Artículo 328. La Fuerza Armada Nacional constituye una institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado para garantizar la independencia y

cepto amplio, envolvente y general de la seguridad y defensa, establecido en los artículos 322 y 326 constitucionales, el estamento militar tiene responsabilidad directa e injerencia en el desarrollo nacional y, en consecuencia, es parte activa en todos los ámbitos de la vida civil y, tal como lo señala la propia constitución y lo hemos dicho con anterioridad, participa en los procesos económicos, sociales, políticos y culturales.

Conforme al artículo 328 de la constitución, la fuerza armada es una institución esencialmente profesional, sin militancia política, encargada de garantizar la independencia y soberanía de la nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional. La misma institución castrense, en los términos del artículo 329,¹⁶ subsiguiente, podrá ejercer las actividades de policía administrativa y de investigación penal que le atribuya la ley.

En las democracias occidentales, las fuerzas armadas son tradicionalmente llamadas a cooperar, de manera subsidiaria, en el mantenimiento del orden público y, normalmente, no está llamada a asumir actividades de policía administrativa y, mucho menos, de investigación penal; roles estos atribuidos a la autoridad civil. La investigación penal es atribuida a los órganos policiales profesionales y especializados de evidente carácter civil; asignarles esa tarea a los militares constituye una invasión inaceptable y peligrosa para el estado de derecho y el respeto de los derechos ciudadanos fundamentales.

Por su parte, la policía administrativa, concepto propio del derecho administrativo, implica la gestión de los entes regulatorios de la administración pública, que por naturaleza debe ser asunto de la autoridad civil profesionalizada.

Como se puede apreciar, de conformidad con el texto constitucional, a la Fuerza Armada Nacional se le podrían asignar tareas permanentes en el ámbito de la gestión regulatoria y de la seguridad ciudadana. Esto constituye un signo y

soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional, de acuerdo con esta Constitución y con la ley. En el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna. Sus pilares fundamentales son la disciplina, la obediencia y la subordinación. La Fuerza Armada Nacional está integrada por el Ejército, la Armada, la Aviación y la Guardia Nacional, que funcionan de manera integral dentro del marco de su competencia para el cumplimiento de su misión, con un régimen de seguridad social integral propio, según lo establezca su respectiva ley orgánica.

¹⁶ Artículo 329. El Ejército, la Armada y la Aviación tienen como responsabilidad esencial la planificación, ejecución y control de las operaciones militares requeridas para asegurar la defensa de la Nación. La Guardia Nacional cooperará en el desarrollo de dichas operaciones y tendrá como responsabilidad básica la conducción de las operaciones exigidas para el mantenimiento del orden interno del país. La Fuerza Armada Nacional podrá ejercer las actividades de policía administrativa y de investigación penal que le atribuya la ley.

una manifestación inequívoca del proceso de militarización en que se encuentra subsumido el país y el peligro inminente de que los ciudadanos se vean constantemente amenazados por el uso de la fuerza militar y a absurdamente depender de ella, en caso de que pretendan reivindicar derechos ciudadanos y políticos.

Igualmente debemos señalar, que la Constitución de 1999 elimina la cláusula de obediencia y subordinación de la autoridad militar a la autoridad civil. Ello constituye un signo preocupante para cualquier estándar democrático, pues se revela la manifiesta intención del constituyente de auspiciar un estado militarista, en detrimento del estado civil.

Constituye en un tema relevante, que el Decreto Ley No. 1.439, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, introduzca un cambio en la denominación misma de la Fuerza Armada Nacional, calificándola de Bolivariana. Con ello se pretende introducir un claro elemento ideológico a la denominación de la Fuerza Armada Nacional; el calificativo de “bolivariana” ha adquirido en los últimos años en Venezuela un contenido parcializado, militante y politizado y no procura enaltecer el respeto que todos los venezolanos podamos tener por nuestro libertador. Inclusive, a la Fuerza Armada Nacional, se le pretende definir como un cuerpo patriótico y antiimperialista, lo cual, a nuestro modo de ver, es una manifestación inequívoca del proceso de ideologización en el que se pretende insertar a la institución armada.¹⁷

Se pretende eliminar el carácter institucional, profesional y apolítico de la institución, contemplado en la constitución, lo cual constituye uno de los valores fundamentales que rigen una fuerza armada democrática. Es tradición democrática en Venezuela reivindicar el carácter institucional, profesional, no beligerante y apolítico de la Fuerza Armada Nacional; la eliminación de tales valores, violando el texto constitucional, la aleja de su condición de institución al servicio de toda una nación, que responde a los intereses de un país en su totalidad y no a un régimen, personalidad, ideología o partido político. Ello constituye un retroceso inmenso en cuanto al carácter democrático de la institución armada y contribuye

¹⁷ El General en Jefe Vladimir Padrino López, Vicepresidente Sectorial de Soberanía Política, Seguridad y Paz y Ministro MPPDefensa, en compañía de los Mayores Generales y Almirantes, integrantes del Estado Mayor Superior de la FANB, dio lectura al manifiesto de reafirmación de lealtad de la institución armada destacando: “La Fuerza Armada Nacional Bolivariana reitera su indefectible carácter bolivariano, antiimperialista y anti oligárquico. Por ello, en marcial formación, las tropas con armas del Ejército Bolivariano, la Armada Bolivariana, la Aviación Militar Bolivariana, la Guardia Nacional Bolivariana y la Milicia Bolivariana; desplegadas también en las ocho Regiones Estratégicas de Defensa Integral: Capital, Central, Occidental, Los Andes, Los Llanos, Oriental, Guayana y Marítima Insular; acatamos sin vacilación su mando único e indiscutible liderazgo, para dirigir los destinos de la patria en los próximos seis años, y ¡Lo reconocemos como nuestro Comandante en Jefe!”. Disponible en: <http://www.mindefensa.gob.ve/mindefensa/2019/01/10/fuerza-armada-nacional-bolivariana-reafirma-su-lealtad-al-cj-nicolas-maduro-moros-para-el-periodo-presidencial-2019-2025/>

notablemente al desequilibrio institucional entre los órganos del Poder Público Nacional, a favor del ejecutivo.

La pérdida del carácter institucional y apolítico de la Fuerza Armada Nacional se agrava, en la medida que se crea un componente adicional, no previsto en la constitución, como es la Milicia Bolivariana, cuerpo de ciudadanos armados, que responden y están bajo el mando directo del Presidente de la República; siendo una suerte de componente paralelo a los componentes tradicionales de la Fuerza Armada Nacional y su cadena de mando.¹⁸

La constitución en su artículo 330,¹⁹ permite que los integrantes en situación de actividad de la Fuerza Armada Nacional, ejerzan, por primera vez, el derecho al sufragio, universalizando aún más el derecho al voto. No obstante, se les mantiene la prohibición de optar a cargo de elección popular, o participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político. Así, la exposición de motivos de la constitución justifica el derecho al sufragio activo de los militares señalando, que “finalmente, siguiendo una tendencia en derecho comparado con el objeto de no establecer discriminaciones entre los ciudadanos, se permite que los integrantes de la Fuerza Armada Nacional en situación de actividad ejerzan el derecho al sufragio”. El derecho al voto militar en el contexto actual, con una Fuerza Armada Nacional, en términos prácticos e inconstitucionales, beligerante e ideologizada, donde se elimina la tradicional cláusula de subordinación del poder militar al civil, conlleva un grave peligro de politización del estamento militar, y una paulatina militarización de la política, como de hecho ha sucedido.

La Constitución de 1999, introduce un cambio importante en lo que concierne al régimen de los ascensos de la alta oficialidad militar. Bajo la vigencia de la constitución de 1961, los ascensos militares correspondían al Presidente de la República, previa autorización del Senado de la República. De esta manera estableciendo un control político a los ascensos militares. Así, el artículo 331 constitucional señala, que “Los ascensos militares se obtienen por mérito, escalafón y plaza vacante. Son competencia exclusiva de la Fuerza Armada Nacional y estarán regulados por la ley respectiva.”. De esta manera, al eliminar este mecanismo de control de peso y contrapeso entre los órganos del poder, aumenta la discrecionalidad presidencial en este ámbito, propiciando un desequilibrio institucional a favor del ejecutivo.

Conforme al artículo 236, numerales 5° y 6°, de la Constitución, son atribuciones del Presidente de la República, dirigir la Fuerza Armada Nacional en su carácter de Comandante en Jefe y, en tal sentido, ejerce la suprema autoridad

¹⁸ Decreto Ley No. 1.439 contentivo de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional publicado en la Gaceta Oficial No. 6.156 de fecha 19 de noviembre de 2014.

¹⁹ Artículo 330. Los o las integrantes de la Fuerza Armada Nacional en situación de actividad tienen derecho al sufragio de conformidad con la ley, sin que les esté permitido optar a cargo de elección popular, ni participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político.

jerárquica de ella y fija su contingente. Además, el Presidente de la República ejerce el mando supremo de la Fuerza Armada Nacional y promueve sus oficiales a partir del grado de coronel o capitán de navío, y los nombra para los cargos que les son privativos; dichos ascensos, conforme al artículo 331 constitucional, se obtienen por méritos y escalafón.

Es propio de los sistemas de gobiernos democráticos, tanto parlamentario como presidencial y sus diferentes fórmulas mixtas, que el jefe de estado asuma la jefatura política de la fuerza armada. Dicha jefatura constituye un símbolo de representación, con significado protocolar y simbólico, que tiene el objetivo fundamental de mantener la institucionalidad democrática de la institución armada, su integridad y su carácter imparcial, colocándola al servicio de toda una nación. El jefe de estado, como comandante de la Fuerza Armada Nacional, se convierte en garante y árbitro de la institucionalidad de la institución.

Las atribuciones presidenciales antes señaladas, son desarrolladas en el Decreto Ley No. 1439, contenido de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional, que le asigna al Presidente de la República competencias específicas desde el punto de vista operativo.²⁰ Asimismo, se le otorga al Presidente de la República, en su carácter de Comandante en Jefe de la Fuerza Armada, rango, jerarquía, insignias y estandarte militar.

Lo anteriormente expuesto, a nuestro modo de ver, desvirtúa la naturaleza de la figura de Comandante en Jefe de la Fuerza Armada que se le asigna al Presidente de la República en los sistemas democráticos. Convertir al Presidente de la República en un jefe operacional, con rango militar, lo convierte en un jefe propiamente militar y administrativo, invadiendo funciones profesionales, más que de un jefe político. Ello, hace del jefe político un jefe militar, distorsionando la línea de mando profesional del estamento militar y creando un desequilibrio institucional entre los órganos del poder público, a favor del Presidente de la República, que tendría poderío militar, más allá del control político sobre el poder militar.

La constitución militarista descrita atenta contra la civilidad republicana y, en definitiva, desequilibra el poder mismo, favoreciendo al ejecutivo. Ese desequilibrio anti democrático ha contribuido en Venezuela al falseamiento del es-

²⁰ Artículo 19. El Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela tiene el grado militar de Comandante en jefe y es la máxima autoridad jerárquica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana. Ejerce el mando supremo de ésta, de acuerdo con lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás leyes. Dirige el desarrollo general de las operaciones, define y activa el área de conflicto, los teatros de operaciones y regiones de defensa integral, así como los espacios para maniobras y demostraciones, designando sus respectivos Comandantes y fijándoles la jurisdicción territorial correspondiente, según la naturaleza del caso. Tiene bajo su mando y dirección la Comandancia en Jefe, integrada por un Estado Mayor y las unidades que designe. Su organización, funcionamiento, insignias de grado y el estandarte del Comandante en Jefe, serán establecidos en el Reglamento respectivo.

tado de derecho y con ello a la pérdida de la institucionalidad democrática y republicana de la fuerza armada.

7. UNICAMERALISMO PARLAMENTARIO. PARLAMENTO DEBILITADO POR SU ESTRUCTURA Y ORGANIZACIÓN

La Constitución de 1999 rompe con la tradición republicana de contar con una estructura bicameral en el órgano legislativo del Poder Público Nacional, que se impuso desde la primera constitución venezolana de 1811.

A nuestro modo de ver, el unicameralismo instaurado en la Constitución de 1999 constituye un “pecado capital”, un error de gran significado e importancia en el sistema constitucional, que atenta contra la solidez estructural, organizativa y funcional del órgano parlamentario del Poder Público Nacional, auspiciando aún más el desequilibrio institucional a favor del Poder Ejecutivo Nacional.

No existe una justificación lógica, racional y técnica para romper con la tradición bicameral e imponer el unicameralismo parlamentario. La justificación del constituyente para sustituir el modelo bicameral por uno unicameral, no responde a verdaderas razones técnicas y carece de toda justificación lógica, más cuando la tendencia es adoptar el bicameralismo parlamentario como una forma de consolidar y profundizar las funciones del órgano legislativo y su eficiencia y eficacia política.

Resulta absurdo justificar el bicameralismo, como lo pretende el constituyente de 1999, en la necesidad de simplificar el procedimiento de formación de la ley y en disminuir los órganos de control del parlamento, para reducir costo. El proceso de formación de la norma jurídica tendente a regular y limitar el sistema de libertades y a organizar y estructurar los órganos del poder público, entre otras materias, debe ser prolijo, formal, que procure la negociación y el consenso alrededor del texto legal. Por lo demás, mientras más órganos de control parlamentario existan, más se limita al Poder Ejecutivo y se profundiza la democracia y el equilibrio entre los órganos del Poder Público Nacional. Sostenemos, además, para rebatir el argumento economicista para justificar el unicameralismo, que lo importante para el mejor desempeño del sistema político y del sistema de gobierno, es que cada órgano del poder público tenga un presupuesto justo y razonable, para cumplir con su cometido y ejercer sus funciones de manera eficaz. Más que un asunto de ahorro y de reducción de costos, debe ser un asunto de racionalidad del gasto público, sin desmejorar la eficiencia y la eficacia.

En definitiva, el unicameralismo es instaurado en nuestro sistema constitucional con el objetivo de debilitar el órgano legislativo del Poder Público Nacional, para generar un desequilibrio institucional a favor del gobierno. Además, tal como lo señala el profesor Allan Brewer-Carías, “Con la eliminación del Senado y el establecimiento de una Asamblea Nacional unicameral, en esta forma, se es-

tablece una contradicción institucional entre el federalismo y la descentralización política.”²¹

Consideramos que para el presidencialismo latinoamericano, particularmente de institucionalidad débil, lo más útil y provechoso es contar con un parlamento fortalecido que le haga contrapeso y equilibrio al Ejecutivo Nacional; el objetivo es “combatir” el presidencialismo exacerbado. Para lograr ese objetivo, la idea no es “despachar” los asuntos con rapidez, sino fortalecer sus funciones, propiciando la negociación, el consenso, la consulta, la ponderación, la rigurosidad y la presión al gobierno para hacer mayor contrapeso. Que el proceso de formación de la ley no afecte la calidad de las leyes y el consenso sustituya la imposición política de la mayoría. Que el ahorro que pueda implicar el unicameralismo, se convierta más bien en racionalización del gasto presupuestario y que exista a los suficientes apoyos especializados y la burocracia necesaria para que los parlamentarios hagan mejor su trabajo y puedan controlar mejor al gobierno. Preferimos un parlamento que valga más económicamente y tenga más estructura y organización para enfrentar el presidencialismo exacerbado. El unicameralismo no contribuye en absoluto a lograr el objetivo antes descrito.

Parlamento debilitado, favorece el desequilibrio del poder a favor del ejecutivo y, con ello, como lo hemos sostenido, se crean las bases para el falseamiento del estado de derecho.

8. LA ESTRUCTURA MONOCÉFALA EN EL EJECUTIVO Y LA INEXISTENCIA DE SALIDAS INSTITUCIONALES A LAS CRISIS DE GOBERNABILIDAD. CRISIS DE GOBIERNO SE CONVIERTE EN CRISIS DE ESTADO

Los pecados capitales antes expuesto, se ven agravados por un tema de fondo del sistema de gobierno presidencialista y, en particular, del sistema venezolano.

El presidencialismo latinoamericano y el venezolano, entre ellos, tiene como característica la rigidez constitucional, que no permite salidas rápidas e institucionales a las crisis de gobernabilidad.

El Presidente de la República, jefe de estado y jefe de gobierno, por la naturaleza y cúmulo de sus funciones está sometido, sin duda alguna, al normal desgaste político y, en consecuencia, a una eventual y siempre probable pérdida de legitimidad y confianza.

En caso de producirse una crisis de legitimidad o confianza en el poder ejecutivo, el sistema de gobierno presidencialista no ofrece salidas fáciles o rápidas,

²¹ Allan Brewer Carías. *La Constitución de 1999: El Estado Democrático y Social de Derecho*. Segunda Edición. Colección Tratado de Derecho Constitucional Tomo VII. Fundación de Derecho Público y Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014. Pág. 505.

no traumáticas, para solventarlas. De existir (referendo revocatorio o juicios políticos, por ejemplo), son mecanismos complejos y difíciles de activar que siempre dejan traumas políticos y sociales, más que solución definitiva a la crisis.

Es por ello, que cualquier crisis de gobierno se convierte en una crisis de estado y con ella la inestabilidad institucional; no existen válvulas de escape para resolver fácilmente los problemas de gobernabilidad. En otros modelos constitucionales, la estructura bicéfala del ejecutivo permite disociar las responsabilidades ejecutivas y abre la posibilidad, cuando no se tiene confianza en el gobierno, a través de un voto de censura parlamentario, de sustituir al gobierno y restablecer la gobernabilidad. Inclusive, la sola amenaza de censurar al gobierno, puede presionar, en lo interno del partido de gobierno, la sustitución del mismo. Mientras tanto, el jefe de estado está llamado a asegurar la estabilidad institucional de la nación, arbitra en el eventual conflicto y tiene un rol de componedor, procurando con su *auctoritas*, restablecer la normalidad gubernativa. Asimismo, el gobierno y su jefe pueden fortalecer su legitimidad presentando ante la Cámara una cuestión de confianza y, en caso de recibir el apoyo de la mayoría parlamentaria a la gestión gubernamental, se relegitima a todo el gobierno.

El sistema de gobierno presidencial y presidencialista es diferente, si el presidente, que es jefe de estado y de gobierno a la vez, no goza de la confianza del cuerpo electoral que lo eligió, solo cabe pocas opciones: o permanece en el cargo soportando el país la crisis o; se activan mecanismos difíciles y complejos para interrumpir el mandato y procurar la sustitución del presidente o; se desencadenan métodos poco ortodoxos para sustituir al presidente, como son los golpes de estado. El sistema está diseñado para mandatos fijos y rígidos. En principio el ejecutivo está para completar su mandato sin interrupción; de existir un mecanismo de sustitución, su activación es traumática y sus efectos, difíciles de predecir.

Cuando en Latinoamérica se ha generado crisis de gobernabilidad, se tiene que acudir a mecanismos poco ortodoxos al margen de la constitución, que implican la ruptura del hilo constitucional para restablecer la confianza en los gobiernos y, lo peor, es que aún después de acudir a ellos, por lo traumáticos que son, se corre el riesgo de no resolver la crisis definitivamente. En el caso venezolano, la utilización de dichos mecanismos más bien han servido para cercenar derechos políticos de los ciudadanos y agudizar la crisis de estado.²²

²² En Venezuela, el caso del Presidente Carlos Andrés Pérez quien fue suspendido de su cargo por el Congreso de la República en fecha 21 de mayo de 1993, luego de que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia encontrara méritos para su enjuiciamiento; más tarde, ya suspendido en su cargo de Presidente, fue condenado por el delito de malversación de fondos provenientes de la partida secreta del Estado. Todo ello después de dos intentos de golpe militar en febrero y noviembre de 1992. Caso del Presidente Hugo Chávez Frías, existiendo una crisis de legitimidad y confianza, se activó, como mucha dificultad, el referendo revocatorio del mandato. Dicho referendo no tuvo éxito y comportó efectos perversos para los ciudadanos que lo activaron, a los cuales se les cercenó derechos políticos y civiles fundamentales, lo cual fue objeto de análisis por parte de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en el caso Rocío San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela (Corte IDH. Caso San Miguel Sosa y otras Vs.

Igualmente y solo para abonar la tesis planteada, podemos mencionar las muchas salidas traumáticas en virtud de las crisis de confianza o legitimidad: en Perú, en la época del Presidente Alberto Fujimori en el año 2000; en Ecuador, frente a una crisis de legitimidad en cabeza del Presidente Abdalá Bucaram Ortiz, en 1997 y el derrocamiento de Jamil Mahuad Witt en el año 2000; en Panamá, en la época del Presidente Manuel Noriega que provocó hasta una invasión por parte de los Estados Unidos de América y la captura del presidente; en Chile, el 11 de septiembre de 1973, cuando se produjo un golpe de estado y la muerte del Presidente de la República, que permitieron la sucesión en el poder; en Brasil, en 2016 el juicio político a Dilma Rousseff; en Argentina, con la dimisión del Presidente de la Rúa en el año 2001; en Paraguay, con la renuncia de Raúl Cubas Grau en 1999, ante la amenaza de juicio político; en Bolivia, con la expulsión de Gonzalo Sánchez de Losada en el año 2003 y la renuncia de Carlos Mesa Gisper en el año 2005, entre otros casos.

En definitiva, el presidencialismo latinoamericano y, muy particularmente el venezolano con sus especificaciones propias, no está concebido para darle salidas eficientes y no traumáticas a las crisis de legitimidad en el ejecutivo, generando verdaderas crisis de estado. Nuestro sistema constitucional no tiene válvulas de escape fáciles de activar para salir de la crisis de gobernabilidad. Definitivamente, lo anteriormente expuesto, es el reflejo de un sistema inestable y fracasado. Este último planteamiento, por lo demás, agrava la situación en la medida que dificulta las recomposiciones institucionales y las salidas constitucionales a las graves crisis que el mismo sistema favorece que surjan. Así, cuando hay los primeros intentos de falseamiento del estado de derecho, el rígido sistema no permite auto protegerse.

9. OTRAS DEBILIDADES QUE AFECTAN EL SISTEMA DE GOBIERNO: CENTRALISMO Y DEBILITAMIENTO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Trataremos dos temas que tienen incidencia relevante y, sin lugar a dudas, condicionan al sistema de gobierno: la forma de estado (federalismo y el centralismo) y el sistema electoral y los partidos políticos.

Consideramos que estos temas influyen de manera determinante en la caracterización del sistema de gobierno establecido en la constitución y son relevantes, al contribuir notablemente, al presidencialismo exacerbado y al desequilibrio institucional entre los órganos del poder.

Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C, No. 348.) Además, durante el mandato del Presidente Hugo Chávez Frías, como ha sido descrito, se propuso una reforma constitucional, sin éxito; luego, con éxito, se modificó la constitución por vía de enmienda para consagrar la reelección indefinida. Años después, la crisis de estado aún se mantiene.

Un modelo de desarrollo de país pasa por definir la forma de estado y la división político territorial, lo cual puede ser determinante para caracterizar, a su vez, el sistema de gobierno. En los últimos años se ha acentuado, inconstitucionalmente, una forma de estado y una división político territorial que atenta contra el estado federal descentralizado que consagra el texto constitucional de 1999.²³

Durante la vigencia de la Constitución de 1999, los gobiernos y regímenes de turno, han desmontado el federalismo y la descentralización, propiciándose un centralismo exacerbado y, además, proponiéndose una “nueva geometría del poder” que pretende modificar la división político territorial constitucionalmente establecida. Se ha desarrollado una peligrosa vocación centralista para controlar el poder, los ciudadanos y la empresa privada. Todo ello propicia un desequilibrio institucional del poder, en beneficio del Ejecutivo Nacional, tanto por vía legislativa,²⁴ por vía administrativa²⁵, como por vía judicial²⁶. El resultado: la transferencia al poder central de competencias asignadas a los estados y municipios; un estado central hipertrofiado, controlador, punitivo y regulador al máximo, ineficiente, corrupto, que ha alejado al ciudadano y a la empresa de la solución de los problemas y ha cercenado la iniciativa privada y la pública, regional y local.

En definitiva, lo anteriormente señalado constituye un elemento fundamental para el desequilibrio institucional, propiciando una concentración de competencias y recursos en el Ejecutivo Nacional y una forma de eliminar los contrapesos de poder que constituyen los gobiernos estatales y locales, desequilibrando el poder a favor del ejecutivo nacional y desdibujando el sistema de gobierno y su carácter democrático y con ello el falseamiento del estado de derecho.

²³ Artículo 4. 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.

²⁴ En este sentido ver: Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Descentralización y Transferencia de Competencias del Poder Público publicada en *Gaceta Oficial* No. 39.140 del 17 de marzo de 2009; Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno publicada en *Gaceta Oficial* Extraordinaria No. 5.963 del 22 de febrero de 2010; Ley Especial sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital publicada en *Gaceta Oficial* No. 39.156 del 13 de abril de 2009; Ley especial de Tránsito de los Recursos y Bienes Administrados Transitoriamente por el Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital publicada en *Gaceta Oficial* No. 39.170 del 4 de mayo de 2009; Ley Orgánica de Comunas publicada en *Gaceta Oficial* Extraordinaria No. 6.011 del 21 de diciembre de 2010; Decreto Ley No. 1.389 mediante el cual se dicta el “Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica para la Transferencia al Poder Popular, de la Gestión y Administración Comunitaria de Servicios, Bienes y Otras Atribuciones” publicado en *Gaceta Oficial* No. 40.540 del 13 de noviembre de 2014.

²⁵ Entre otros ver: Reglamento de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno publicada en *Gaceta Oficial* No. 39.924 del 17 de mayo de 2011.

²⁶ Entre otras ver: Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia No. 565 de la Sala Constitucional del 15 de abril de 2008; Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia No. 02 de la Sala Constitucional del 9 de enero de 2013 y Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia No.141 de la Sala Constitucional del 8 de marzo de 2013.

Sobre el tema de los partidos políticos, la profesora María Holgado González señala que “Los partidos políticos son un elemento esencial de la democracia. No hay democracia sin partidos políticos. (...) Y es que desempeñan una función absolutamente necesaria para poder vertebrar políticamente a la sociedad”.²⁷ Esta autora agrega como “En la esfera política, y tratándose de fines generales, los partidos permiten, como dijera García Pelayo, transformar todas esas demandas, anhelos y aspiraciones sociales en programas de acción política global, al mismo tiempo que seleccionar a los candidatos que hayan de representar políticamente a los ciudadanos. En otras palabras, los partidos hacen posible la democracia representativa en una sociedad de masa como a actual. Y aunque deseable, la democracia directa es impracticable.”²⁸

En los términos de Abraham Barrero y la misma María Holgado González, “Resulta incuestionable que los partidos son los cauces principales de expresión ideológica y política en las democracias actuales. Un partido no es sino una organización articulada de los agentes activos de la sociedad interesados por hacerse con el poder del gobierno, que para ello y para ganarse el imprescindible apoyo popular rivalizan con otros grupos que mantienen puntos de vista diferentes cuando no opuestos.”²⁹

Para resaltar la importancia de los partidos políticos, señalan que “sería imposible articular toda la pluralidad de opiniones y puntos de vista individuales (que existen en la sociedad) sin la simplificación a un razonable abanico de opciones políticas, que se opera a través de los partidos. Esta simplificación es la que permite el funcionamiento de la democracia en las sociedades contemporáneas.”³⁰

La constitución de 1999 constitucionaliza los partidos. En tal sentido, en su artículo 67, consagra el derecho de los ciudadanos de asociarse con fines políticos; impone la democracia interna partidista para la selección de sus candidatos y; prohíbe el financiamiento público de los mismos. Asimismo, se establece que será la ley que regulará lo propio sobre la financiación privada de los mismos y su régimen de supervisión.³¹

²⁷ María Holgado González. *Partidos y Representación Política*, Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Tomo II. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Universidad de Sevilla. Editorial Aranzadi. Sevilla, 2006. Pág. 2691.

²⁸ Abraham Barrero y María Holgado González *Op.cit.* Págs. 2691 y 2692.

²⁹ Abraham Barrero Ortega y María Holgado González. *Op.cit.* Pág. 2613.

³⁰ Abraham Barrero Ortega y María Holgado González. *Op.cit.* Pág.2613.

³¹ Artículo 67. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. Sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes. No se permitirá el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado.

Somos del criterio, que al impedirse la financiación pública de los partidos, se dificulta el funcionamiento y mantenimiento de los mismos. La financiación pública de los partidos puede ser un auspicio necesario que contribuye al fortalecimiento de la democracia.

La prohibición de financiación pública de los partidos políticos es un pecado capital que afecta el sistema de gobierno. Ello agravado por una dictadura política que ha sistemáticamente perseguido, aterrorizado e inhabilitado política, administrativa y judicialmente a la oposición, cercenando sus derechos fundamentales.

En este contexto dictatorial que ha vivido Venezuela bajo la vigencia de la Constitución de 1999 y al prohibirse la financiación pública de los partidos políticos, el único partido beneficiado a lo largo de estos años ha sido el oficialista. Por lo demás, el administrador electoral, colonizado y controlado por el régimen, se ha dado a la tarea de ilegalizar los partidos políticos de la democracia e inhabilitar a su dirigencia, impidiendo con ello la actuación de los mismos y el registro de los nuevos que pretenden surgir. Asimismo, el sistema electoral para cuerpos colegiados adoptado durante la vigencia de la Constitución de 1999, ha obstaculizado el surgimiento de nuevos partidos y el control político sobre el administrador electoral ha acabado con el sufragio libre.

Todo lo anteriormente expresado en este trabajo, profundizan el desequilibrio en el poder y contribuyen al falseamiento dramático del estado de derecho en Venezuela y al quiebre absoluto del orden constitucional y democrático del país.

En Caracas, mayo de 2021.

La ley regulará lo concerniente al financiamiento y a las contribuciones privadas de las organizaciones con fines políticos, y los mecanismos de control que aseguren la pulcritud en el origen y manejo de las mismas. Así mismo regulará las campañas políticas y electorales, su duración y límites de gastos propendiendo a su democratización.

Los ciudadanos y ciudadanas, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos o candidatas. El financiamiento de la propaganda política y de las campañas electorales será regulado por la ley. Las direcciones de las asociaciones con fines políticos no podrán contratar con entidades del sector público.

14. LA SALA CONSTITUCIONAL Y EL DESMANTELAMIENTO DE LA DEMOCRACIA EN VENEZUELA

Jesús María CASAL*

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos ha aumentado el interés académico por las funciones de los tribunales constitucionales en el desmantelamiento del Estado de Derecho y la democracia. Esto forma parte de las preocupaciones sobre los procesos de socavamiento de la democracia desde dentro, que han tenido y siguen teniendo lugar en muchos países. Las experiencias de retroceso democrático van en aumento y los medios a través de los cuales se producen se diversifican. Existe una amplia literatura sobre esta tendencia, en particular con referencia a los líderes populistas que fueron elegidos democráticamente pero que una vez en el poder capturaron y adulteraron el marco institucional que les permitió adquirir su cargo.¹ En este contexto, es importante preguntarse si los tribunales, y especialmente los tribunales constitucionales pueden facilitar la erosión de la democracia, y en qué medida.

La mayoría de los estudios sobre el papel de los tribunales constitucionales se refieren a la protección que ofrecen a la democracia. La creación o restauración de los tribunales constitucionales en Europa después de la Segunda Guerra Mundial fue principalmente una respuesta al fracaso del parlamentarismo y del

* Decano y profesor titular de Derecho Constitucional de la Facultad de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

¹ *A. Arato*, Populism, Constitutional Courts, and Civil Society, en: C. Landfried (ed.), *Judicial Power: how constitutional courts affect political transformations*, 2019, 318 y ss.; *S. Levitsky/D. Ziblatt*, *How democracies die*, 2019, 13 y ss.; *T. Ginsburg/A. Z. Huq*, *How to save a constitutional democracy*, 2018, 35 y ss.; *J. Fomina*, Of “Patriots” and Citizens: Asymmetric Populist Polarization in Poland, en: T. Carothers/A. O’Donohue (eds.), *Democracies divided: The global change of political polarization*, 2019, 126 y ss.; *M. A. Graber/S. Levinson/M. Tushnet* (eds.), *Constitutional democracy in crisis?*, 2018, 1 y ss.

Estado de Derecho ante el nacionalsocialismo y el fascismo, y el desempeño de la jurisdicción constitucional en los respectivos ordenamientos estuvo marcado inicialmente por ese desafío. De hecho, en Alemania e Italia los tribunales constitucionales han apoyado la consolidación de la democracia.² Estos casos ejemplares influyeron en el diseño constitucional de España durante su retorno a la democracia y se han visto reflejados posteriormente en la actuación de la jurisdicción constitucional en ese país.³ También tuvieron un impacto en el constitucionalismo de América Latina, donde tradicionalmente se habían adoptado sistemas difusos o mixtos de *judicial review*, y en la transición a la democracia en Europa oriental.⁴ Todo esto ha ocurrido dentro del marco de referencia de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos que ha caracterizado el desarrollo del derecho desde la segunda mitad del siglo XX. Uno de los aspectos sustanciales de ese fenómeno ha sido el propósito de restringir el poder político mediante una Constitución normativa, cuya garantía corresponde especialmente a un tribunal constitucional o un órgano judicial similar.⁵ Esto ha conducido a un aumento de la importancia política de las funciones de esos tribunales.⁶

Precisamente, la relevancia que se atribuye a los tribunales constitucionales o a órganos judiciales similares para la protección de la democracia y los derechos humanos convirtió a estas instituciones en un mediopreciado y fructífero

² D. Kommers, *The Federal Constitutional Court: Guardian of German Democracy*, en: *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* 603 (2006), 111 y ss.; S. Kneip, *Verfassungsgerichte als demokratische Akteure: Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zur Qualität der bundesdeutschen Demokratie*, 2009, 284 y ss.; C. Boulanger; Hüten, richten, gründen: *Rollen der Verfassungsgerichte in der Demokratisierung Deutschlands und Ungarns*, 2013, 73 y ss.; R. Bifulco/D. Paris, *Der italienische Verfassungsgerichtshof*, en: A. v. Bogdandy/C. Grabenwarter/P. M. Huber (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum IV* (2016), 271 y ss.

³ E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1981, 19 y ss.; F. Rubio Llorente, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2012, 1251-1252 y 1325-1326. Sobre la redemocratización en Portugal en 1974 y la previsión de un Tribunal Constitucional en la Constitución portuguesa ver M. L. Amaral/R. A. Pereira, *Das portugiesische Verfassungsgericht*, en: A. v. Bogdandy/C. Grabenwarter/P. M. Huber (nota 2), 519 y ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 1993, 975 y ss.

⁴ N. Lösing, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika*, 2000, 28 y ss.; F. Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en América Latina. Evolución y problemática desde la independencia hasta 1979*, en: E. Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho procesal constitucional I*, 2006, 149 y ss.; W. Sadurski, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, 2005, 1 y ss.

⁵ D. Deener, *Judicial review in modern constitutional systems*, en: *American Political Science Review* 46, 1952, 1079 y ss.; M. Ahumada, *La jurisdicción constitucional en Europa: bases teóricas y políticas*, 2005, 49 y ss.

⁶ R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*, 2004, 31 y ss.; A. v. Bogdandy/E. Ferrer Mac-Gregor/M. Morales Antoniazzi/F. Piovesan/X. Soley, *Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism*, en: A. v. Bogdandy/E. Ferrer Mac-Gregor/M. Morales Antoniazzi/F. Piovesan (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The emergence of a new Ius Commune*, 2017, 3 y ss.

para los interesados en degradar la democracia desde adentro. La visibilidad y la autoridad ganadas por esos tribunales en muchos países invitaron a líderes potencialmente autoritarios a utilizar las formas de la jurisdicción para ocultar y al mismo tiempo apuntalar sus programas u objetivos políticos.⁷ Víctima de su propio triunfo, el modelo de tribunales constitucionales y de *judicial review* en el contexto de la constitucionalización de los sistemas jurídicos ha atraído la atención de los dirigentes populistas y sus aliados, decididos a acelerar su hegemonía mediante el derecho constitucional y los tribunales como fuentes de legitimidad.

Casos recientes de erosión democrática han despertado el interés de la doctrina en el uso de los tribunales constitucionales en contra de las instituciones y los principios democráticos.⁸ A este respecto, se considera que estos tribunales pueden llegar a ser un factor que favorezca el autoritarismo. El presente trabajo se centra en el papel de la Sala Constitucional, que pertenece al Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en el establecimiento gradual del régimen autoritario que existe actualmente en ese país. A partir de esta experiencia concreta, se examinará cómo la jurisdicción constitucional, concebida en principio para garantizar el constitucionalismo democrático, puede volverse contra él para socavar sus fundamentos. El presente análisis se refiere a una jurisdicción constitucional inserta en un sistema que originalmente era, en algunos aspectos, democrático o, mejor dicho, híbrido, pero que evolucionó hacia un autoritarismo creciente.

Hay valiosas contribuciones que ofrecen elementos teóricos y empíricos sobre el papel de las Constituciones y los tribunales en los regímenes autoritarios.⁹ A los efectos del presente artículo, son útiles los estudios sobre las funciones de las Constituciones y las cortes en condiciones autoritarias, porque ponen de manifiesto los puntos finales o el resultado de la degradación de un régimen híbrido hacia el autoritarismo, eventualmente estimulada por esos instrumentos, y también ayudan a comprender mejor los procesos de desdemocratización. La evolución de un régimen político mixto a uno autoritario suele traducirse en un cambio en el significado de la Constitución y de los tribunales. Los criterios formulados respecto de las funciones que cumplen las Constituciones en esos regímenes son importantes para orientar la evaluación de la situación constitucional en un momento determinado del declive hacia el autoritarismo; lo mismo se aplica a la actuación de los tribunales. Estas funciones y roles pueden coincidir parcialmente con los que se despliegan en un sistema democrático, pero todos adquieren un

⁷ T. Moustafa/T. Ginsburg, Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics, en: T. Moustafa/T. Ginsburg, *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, 2008, 1 y ss.

⁸ T. Moustafa/T. Ginsburg (nota 7), 1 y ss.; D. Landau/R. Dixon, Abusive judicial review: courts against democracy, *UC Davis Law Review* 53, 2020, 1313 y ss.

⁹ T. Ginsburg/A. Simpson, *Constitutions in authoritarian regimes*, 2014, 1 y ss.; T. Moustafa/T. Ginsburg (nota 7), 1 y ss.; A. Di Gregorio, Constitutional courts in the context of constitutional regression: some comparative remarks, en: M. Belov (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*, 2020, 209 y ss.

nuevo significado a través del germen autoritario. En una visión retrospectiva, esos criterios permiten también apreciar líneas de continuidad con elementos incrementales durante la evolución de estos sistemas híbridos.

Pese a la trascendencia de estas indagaciones, el papel de los tribunales constitucionales en las democracias no consolidadas y su implicación en la transición hacia formas de gobierno autoritarias no había recibido hasta tiempos recientes suficiente atención específica. Sin embargo, esta cuestión debería ser un tema de la mayor preocupación desde la perspectiva de la defensa de la democracia. Especialmente en estos contextos, frecuentes en la actualidad, los tribunales pueden todavía presumir de la autoridad de la ley y de la administración imparcial de la justicia, susceptibles de ser utilizadas para liquidar la democracia de una manera velada. Por lo tanto, desde la perspectiva de los regímenes híbridos la principal cuestión que se plantea no es por qué los gobernantes mantienen la revisión judicial de la constitucionalidad o un tribunal constitucional, pues el interés de los líderes potencialmente autoritarios favorece su conservación, sino cómo y en qué medida usan esa jurisdicción para determinados fines políticos. En relación con Venezuela, si aceptamos que el gobierno de Hugo Chávez fue inicialmente un régimen híbrido, el verdadero interrogante tampoco es por qué mantuvo la jurisdicción constitucional; más bien habría que preguntarse si el fortalecimiento de la jurisdicción constitucional mediante la creación de la Sala Constitucional en la Constitución de 1999 ya formaba parte de un camino a largo plazo hacia el autoritarismo.

Los estudios comparativos referidos también abordan la manipulación de la legalidad y el poder judicial que puede caracterizar a los sistemas híbridos y que son un rasgo normal de los regímenes autoritarios.¹⁰ Estos aportes facilitan la comprensión y explicación de la realidad institucional venezolana. No obstante, la actuación de nuestra Sala Constitucional representa en cierta medida un fenómeno nuevo: el de una corte o sala constitucional creada en circunstancias en principio democráticas, pero que comenzó desde su inauguración a transitar activamente el camino hacia una desconstitucionalización y un desmantelamiento de la democracia. Cabe destacar que la Sala Constitucional llevó a cabo este proceso no como un órgano pasivo, como algunos han afirmado,¹¹ por la simple validación de medidas oficiales, sino como un agente principal para la construcción de la hegemonía. Tal protagonismo, desde un marco originalmente democrático, al menos en parte, es difícil de encontrar en otros sistemas con orientaciones autoritarias en la jurisdicción constitucional.

El creciente interés por identificar patrones comunes entre regímenes originalmente democráticos que, bajo propuestas populistas o liderazgos carismáticos,

¹⁰ *K. Scheppele*, *Autocratic Legalism*, *The University of Chicago Law Review* 85, 2018, 545 y ss.; *J. M. Maravall*, *The Rule of Law as a Political Weapon*, en: *J. M. Maravall/ A. Przeworski*, *Democracy and the Rule of Law*, 2003, 261 y ss.

¹¹ *M. Taylor*, *The Limits of Judicial Independence: A Model with Illustration from Venezuela under Chávez*, en: *Journal of Latin American Studies* 46, 2014, 231.

generalmente ambos, se han desplazado hacia esquemas de gobierno en cierta medida autoritarios, ha convertido al régimen de Hugo Chávez en una referencia obligada.¹² Lo mismo ha ocurrido en relación con la Sala Constitucional de Venezuela y la atención que se ha prestado al papel de los tribunales constitucionales en la erosión de la democracia, con una perspectiva comparativa.¹³ Además, algunas investigaciones específicas sobre el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela y su Sala Constitucional han hecho hincapié en la captura de ese Tribunal en 2004-2005 y sus consecuencias para la jurisprudencia de esta Sala,¹⁴ o han analizado su jurisprudencia de manera global al tratar el desmantelamiento de la democracia en Venezuela.¹⁵ Pero muchos aspectos requieren mayor atención desde el punto de vista del papel de esa Sala en la erosión de la democracia y el Estado de Derecho. En este sentido, hay que destacar las principales líneas de continuidad en las actuaciones de esa Sala hacia el desmantelamiento de la democracia constitucional desde 1999-2000, así como el contexto, los contenidos jurisprudenciales y los factores explicativos claves del protagonismo de la Sala en el establecimiento de un sistema autoritario.

Este trabajo parte de la existencia en Venezuela de un régimen que tenía una base democrática cuando Hugo Chávez asumió el poder, por lo que se podría suponer teóricamente que la Sala Constitucional era capaz de defender la democracia (i); mantenerse pasiva frente a las infracciones de la Constitución (ii), o participar activamente en el avance del autoritarismo (iii), sin perjuicio de la posibilidad de algunas combinaciones en la respuesta judicial. Es importante determinar qué funciones ha asumido por qué se inclinó tan rápidamente hacia el autoritarismo judicial.

Procuraré demostrar que en el punto de partida de la jurisprudencia de esa Sala había menos protección de la democracia que apoyo a los detentadores del poder y que, desde entonces, se fundaron hitos para los futuros desarrollos autoritarios. Ocurre que, como se expondrá, la Sala Constitucional ya fue cooptada en 1999, especialmente en el núcleo de su composición, con sucesos posteriores que condujeron a la sustitución de quienes no se subordinaron completamente a los intereses del oficialismo y al reforzamiento de los miembros más firmemente alineados con el gobierno. Trataré también de explicar el alcance de las funciones de esa Sala en el robustecimiento progresivo de los elementos autoritarios dentro de un sistema en principio democrático y las etapas que se pueden reconocer en la

¹² *J. Corrales/M. Penfold*, *Dragon in the Tropics: the Legacy of Hugo Chavez*, 2015, 15 y ss.; *T. Ginsburg/A. Z. Huq* (nota 1), 45 y ss.; *S. Levitsky/D. Ziblatt* (nota 1), 13 y ss.; *D. Landau*, *Constitution-Making and Authoritarianism in Venezuela: The First Time as Tragedy, the Second as Farce*, en: *M. Graber/S. Levinson/M. Tushnet* (eds.) (nota 1), 161 y ss.

¹³ *D. Landau/R. Dixon* (nota 8), 1313 y ss.

¹⁴ *R. A. Sánchez Uribarri*, *Courts between Democracy and Hybrid Authoritarianism: Evidence from the Venezuelan Supreme Court*, *Law & Social Inquiry* 36, 2011, 854 y ss.

¹⁵ *A. R. Brewer-Carías*, *Dismantling of democracy in Venezuela: the Chávez Authoritarian Experiment*, 2010, 226 y ss.

integración y la jurisprudencia de la Sala Constitucional. Esto último comprende la consideración de criterios fundamentales de su jurisprudencia que han puesto en peligro o lesionado el constitucionalismo democrático. Además, se esbozarán la plataforma ideológica y los objetivos políticos del gobierno para compararlos posteriormente con los resultados de la actividad jurisdiccional de este órgano, y se identificarán y analizarán los aspectos fundamentales del papel desempeñado por esta Sala en dicho proceso. Esta investigación sobre la Sala Constitucional venezolana tomará en consideración otros ordenamientos jurídicos en los que la introducción y captura de un tribunal o sala constitucional -o el freno u ocupación de uno existente- han sido relevantes para el debilitamiento de las bases democráticas de un sistema político.

II. PREMISAS CONCEPTUALES Y CONTEXTO

1. *Democracia*

Para evaluar el papel de la Sala Constitucional en la demolición de la democracia constitucional, es conveniente referirse a los elementos fundamentales que definen esta última. No se pretende desarrollar un análisis conceptual exhaustivo. El objetivo es solo señalar las ideas principales de las que parte el presente trabajo. En una democracia, la fuente política del ejercicio legítimo del poder de un Estado reside en la voluntad del pueblo, que se expresa a través de elecciones periódicas y otros mecanismos de participación, basados en el reconocimiento de la igualdad política. Las diversas manifestaciones del poder de un Estado surgen de la soberanía popular y deben tenerla como fundamento último. Los ciudadanos toman decisiones sobre la cosa pública directamente o a través de sus representantes, lo que evoca la idea del autogobierno.¹⁶ La libertad individual es uno de los pilares de este proceso de legitimación política y ayuda precisamente a comprender que la realización de la voluntad de la mayoría deja de ser democrática cuando se forma a expensas de las libertades que la sustentan.¹⁷

La evolución de este concepto y los estudios sobre la democracia han llevado a muchos autores a destacar los límites que esta impone al despliegue de la voluntad de la mayoría.¹⁸ Sartori ha sido categórico al sostener que la democracia

¹⁶ E.-W. Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, en: J. Isensee/P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland II*, 2004, 429 y ss.; R.-O. Schultze, *Demokratie*, en: D. Nolan/R.-O. Schultze, *Lexikon der Politikwissenschaft 1*, 2002, 121 y ss.; A. Przeworski, *Democracy and the Limits of Self-Government*, 2010, 1 y ss.

¹⁷ C. Starck, *Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee*, en: J. Isensee/P. Kirchhof (eds.), *Demokratische Willensbildung — die Staatsorgane des Bundes*, 1989, 3 y ss.; C. Möllers, *Gewaltengliederung: Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich*, 2005, 27 y ss.

¹⁸ W. Merkel, *Embedded and Defective Democracies*, *Democratization* 11, 2004, 33 y ss.; R. Dworkin, *Equality, Democracy, and the Constitution: we the people in court*, *Alberta Law Review* 28, 1990, 324 y ss.; R. Dworkin, *Taking rights seriously*, 2013, 13 y ss.

consiste en la “regla de la mayoría limitada”, ya que presupone el respeto de los derechos de las minorías.¹⁹ La idea de la representación política, normalmente preponderante, aunque con alcance diverso, en las democracias contemporáneas, significa también una cierta contención institucional del poder del pueblo. La democracia se basa en la protección de las libertades que están directamente relacionadas con el proceso político, y en la existencia de principios y mecanismos que evitan el abuso de poder y garantizan los derechos del individuo. En esta democracia, que se concibe como liberal aunque también puede contener aspectos de otras fuentes, se pueden identificar tres dimensiones claves: las elecciones libres y justas y los derechos de participación política en general, lo que implica también la protección de las minorías y la posibilidad de alternancia; los derechos civiles que salvaguardan la autonomía privada y protegen el alcance de las libertades individuales en la esfera pública; y el Estado de Derecho.²⁰ Pueden incluirse otros componentes, como los relativos a los derechos humanos que están relacionados con las dimensiones aunque no hayan sido mencionados expresamente. Esta concepción de la democracia predomina en la Carta Democrática Interamericana y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²¹ Aquellos que adoptan una concepción minimalista de la democracia objetarían esta caracterización.²² Pero no es esencial, sin embargo, abordar aquí la disputa entre aproximaciones minimalistas y amplias a la democracia, porque las tres vertientes o contenidos señalados, normalmente aceptados como centrales para una democracia, son suficientes para examinar cómo esta ha sido afectada por la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

La concepción bosquejada de democracia tiene una afinidad con la categoría de democracia constitucional, que combina la soberanía popular y la limitación y control del ejercicio del poder.²³ El calificativo “constitucional” pone de relieve la existencia de esas limitaciones e indica que, por lo general, están recogidas en una Constitución, como norma suprema que emana del pueblo en el ejercicio de su poder constituyente, mediante la cual define la organización política fundamental que desea instaurar y los principios cardinales que se salvaguardan frente a las luchas políticas ordinarias.²⁴ Una vez constituidos, los órganos del poder público deben someter su actuación a este marco jurídico y el pueblo también

¹⁹ G. Sartori, *The theory of democracy revisited*, 1987, 31.

²⁰ En un enfoque similar, T. Ginsburg/A. Z. Huq (nota 1), 9 y ss.; G. O'Donnell, *Democracy, Law, and Comparative Politics*, *Studies in Comparative International Development* 36, 2001, 7 y ss.

²¹ M. Morales Antoniazzi, *Protección supranacional de la democracia en Suramérica: Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*, 2015, 178 y ss.

²² J. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, 2003, 250 y ss.; J. E. Elliott, Joseph A. Schumpeter and *The Theory of Democracy*, *Review of Social Economy* 52, 1994, 280 y ss.; P. Salazar Ugarte, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, 2006, 140 y ss.

²³ T. Ginsburg/A. Z. Huq (nota 1), 9 y ss.; P. Salazar Ugarte (nota 22), 140 y ss.; K. Scheppele (nota 10), 557 y ss.

²⁴ S. Kneip (nota 2), 38 y ss.

debe respetarlo, sin perjuicio de que pueda recurrir una vez más, bajo las condiciones correspondientes, a su poder constituyente. En una versión más sustancial, que comparto, la Constitución se asocia al ideal rector del constitucionalismo y, por tanto, a la garantía de las libertades del ser humano y a la división de poderes como fórmula puesta al servicio de los primeros, lo que no excluye otros contenidos protegidos. Por lo tanto, esta categoría tiende a superponerse en muchos aspectos con la de la democracia tal como se ha esbozado anteriormente.

La Constitución de 1999 consagró una concepción de democracia similar a la arriba expuesta, aunque introdujo orientaciones particulares. Las tres dimensiones claves mencionadas se reflejan en esta Constitución, pero esta añade vertientes y perspectivas adicionales. La importancia que da a la participación del pueblo en los asuntos públicos ha llevado a sostener que la Constitución venezolana estableció una democracia participativa,²⁵ lo que podría llevar a pensar que este sistema antagoniza a la democracia representativa y a sus fundamentos liberales. Ello puede ciertamente implicar tensiones, pero estas no tienen un alcance que suponga negar los fundamentos de la democracia liberal. La Sala Constitucional, aunque en un principio pareció inclinarse hacia otra dirección, ha declarado que la democracia prevista en la Constitución también es representativa pero resulta complementada por mecanismos de participación directa o semidirecta.²⁶ Sin embargo, el gobierno de Hugo Chávez aprovechó la proclamada participación protagónica del pueblo para debilitar la normatividad constitucional y erosionar la democracia, y las medidas correspondientes han sido avaladas explícita o implícitamente por dicha Sala. Esta ha terminado validando, como veremos, las vías de desplazamiento de las elecciones como fuente de legitimidad y de la representación, en el marco del inconstitucional modelo del Estado comunal y del llamado poder popular.

Con base en estas premisas, destacaré el papel de la Sala Constitucional en la demolición del sistema político venezolano, en gran medida democrático, de la Constitución de 1999, y en el desmantelamiento del régimen híbrido de 1999-2000, hasta llegar al actual proceso autoritarismo. Al considerar la jurisprudencia de dicha Sala examinaré las principales decisiones y criterios que han puesto en grave peligro o han dejado de lado algunas de las dimensiones fundamentales de la democracia antes mencionadas.

2. *Contexto político y constitucional*

Es difícil apreciar el papel exacto que ha desempeñado la Sala Constitucional durante los dos últimos decenios sin tener en cuenta el marco político e institucional de su actividad. El caso de Venezuela está cada vez más presente en los

²⁵ M. López Maya/L. E. Lander, *Participatory Democracy in Venezuela: Origins, Ideas, and Implementation*, en: D. Smilde/D. Hellinger (eds.), *Venezuela's Bolivarian Democracy: Participation, Politics, and Culture under Chávez*, 2011, 58 y ss.

²⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 23/2003 del 22 de enero.

trabajos científicos que tienen como objetivo analizar la involución de sistemas democráticos hacia regímenes autoritarios, bajo una impronta populista. Desde la perspectiva del derecho constitucional o de la ciencia política, se presta especial atención a la erosión de la democracia venezolana, a sus causas explicativas, a los principales rasgos del orden político emergente y a su evolución. Partiendo de una configuración híbrida, con importantes fundamentos democráticos, el régimen implantado en 1999 se inclinó progresivamente, con puntos de inflexión concretos, hacia un tipo de gobierno diferente que se ha subsumido en varias categorías.²⁷ Algunos académicos estiman que durante el período comprendido entre 2003 y 2016 dicho régimen representó un autoritarismo competitivo e incluso “uno de los casos de autoritarismo competitivo más conocidos del mundo”.²⁸ Desde entonces habría comenzado a adquirir un perfil abiertamente autoritario. Un hilo conductor de esta degradación ha sido la negación del pluralismo ideológico, que inició con la descalificación de los opositores, pasó por el recorte de la libertad de expresión y terminó con la imposición de la dominación ideológica, en sintonía con el “antipluralismo moral”²⁹ frecuente en los regímenes populistas.

Hugo Chávez asumió el poder de forma democrática, después de haber fracasado en su intento de golpe militar. Su discurso público y sus promesas electorales desde el principio se basaron en contenidos revolucionarios y configuraron el escenario populista³⁰ de la redención colectiva que quería liderar, después de lo que él denunció como décadas de explotación de las mayorías sociales, indefensas frente a élites corruptas. La naciente autodefinición política implicó un replanteamiento de la historia y la reivindicación de la figura de Bolívar. No hubo un rechazo explícito a los valores y reglas de juego del constitucionalismo democrático, aunque la forma en que se propuso y promovió la Asamblea Nacional Constituyente puso en peligro el Estado de Derecho y el respeto a las minorías. Contrariamente a lo que algunos han afirmado, la mayoría de los votantes sí quería un hombre fuerte en ese momento.³¹ A pesar de todas las advertencias que se hicieron entonces acerca de los riesgos de una oferta electoral de este tipo para esos valores, la mayoría mantuvo una adhesión entusiasta al liderazgo carismático insurgente y atribuyó poca importancia al arreglo institucional que podía

²⁷ *J. Corrales/M. Penfold* (nota 12), 1 y ss.; *N. Arenas*, Venezuela: un caso de régimen populista, *Revista Latinoamericana de Política Comparada*, 14, 2018, 57 y ss.

²⁸ *J. Corrales*, Why polarize? Advantages and disadvantages of a rational-choice analysis of government-opposition relations under Hugo Chávez, en: *T. Ponniah/J. Eastwood* (eds.), *The Revolution in Venezuela. Social and Political Change under Chávez*, 2011, 68.

²⁹ *J. Werner-Müller*, *What Is Populism?*, 2016, 31 y ss.

³⁰ *N. Arenas*, (nota 27), 57 y ss.

³¹ *S. Levitsky/D. Ziblatt* (nota 1), 24 y ss. Estos autores sostienen que el apoyo de la población a la democracia era alto en 1998, según estudios de opinión, lo cual es cierto. Sin embargo, no consideran que la idea de democracia prevaleciente se refería principalmente a la celebración de elecciones: *J. Virtuoso*, ¿Qué democracia quiere Venezuela?, *Revista SIC 722*, 2010, 73 y ss.; *M. Kornblith*, Crisis y transformación del sistema político venezolano: nuevas y viejas reglas de juego, *Latin American Studies Association, XX International Congress*, 1997, 1 y ss.

llevar consigo. Esta actitud se alimentaba, por un lado, de la descomposición del sistema político, ligada a la crisis de los partidos tradicionales, a la incapacidad de emprender reformas institucionales profundas y a la corrupción y, por otro lado, de los reclamos sociales insatisfechos, cuyo trasfondo eran grandes niveles de desigualdad y el deterioro de la situación económica. Además, prevalecía en la población una cultura democrática no consolidada, con una convicción generalizada acerca de la necesidad de obtener la legitimidad a través de elecciones pero con un menor compromiso con otros componentes esenciales de la democracia.³² No solo los sectores populares acompañaron el ascenso de Chávez al poder, sino también empresarios, algunos de los medios de comunicación tradicionales, personalidades políticas y académicas y algunos partidos políticos de centro-izquierda con una larga historia de oposición durante el ciclo político anterior.

El punto de partida del gobierno de Chávez fue en varios aspectos democrático, pero en virtud de un proceso que aquí no puede ser discutido en detalle, el régimen se volvió cada vez más autoritario en su desempeño. Sin embargo, es importante señalar que desde el principio se habían sembrado elementos favorables a este desenlace. La Asamblea Nacional Constituyente de 1999, que ha sido estudiada como un ejemplo destacado de constitucionalismo abusivo,³³ desequilibró desde el principio el terreno de juego en beneficio del Ejecutivo y de la nueva mayoría política. Tras la aprobación popular de un referéndum propuesto por Chávez, ya Presidente de la República, sobre la convocatoria de este órgano constituyente y sobre las normas electorales aplicables, el chavismo obtuvo casi todos los escaños en la elección correspondiente, aunque sus candidatos recibieron menos del 60% del voto popular. Esto se debió a que el principio de representación proporcional previsto en la Constitución en vigor y en la legislación fue dejado de lado de forma calculada.³⁴ Una vez instalada, la Asamblea Nacional Constituyente dictó medidas que propugnaban la concentración del poder en el Presidente de la República y adoptó una Constitución caracterizada por tensiones internas, porque muchas corrientes que pretendían perfeccionar o modificar el modelo clásico de Estado de Derecho y de democracia liberal, complementándolo con elementos de Estado social y formas de participación directa del pueblo, chocaban con las que querían asentar un nuevo paradigma de protagonismo revolucionario y popular. Además, muchos de los aspectos positivos de la Constitución fueron socavados por la propia mayoría progubernamental incluso antes de que aquella naciera, como veremos.

La Constitución, aprobada por referéndum, adoptó los principios democráticos y del Estado de Derecho, e incorporó las propuestas que se habían presentado en el país desde finales de los ochenta en materia de derechos humanos, partici-

³² *J. Virtuoso* (nota 31), 73 y ss.; *M. Kornblith* (nota 31), 1 y ss.

³³ *D. Landau*, *Abusive Constitutionalism*, UC Davis Law Review 47, 2013, 189 y ss.

³⁴ *D. Landau* (nota 33), 205 y ss.; *J. Casal H.*, *El constitucionalismo venezolano y la Constitución de 1999*, Revista de la Facultad de Derecho 56, 2001, 137 y ss.

pación política y garantía de la Constitución, entre las que se encontraba la creación de una sala o tribunal constitucional. Pero amplió los poderes presidenciales dentro de un presidencialismo ya existente, extendió el período presidencial, permitió por una vez la reelección presidencial inmediata, abolió el bicameralismo, eliminó el control parlamentario sobre los ascensos militares en los niveles más altos, frenó el avance en la descentralización que había comenzado una década antes, prohibió la financiación pública de los partidos políticos, introdujo las bases para una intervención estatal más profunda en la vida económica y social, y consagró la visión de la élite militar insurgente sobre la seguridad nacional y el papel de las fuerzas armadas.

La crisis del poder judicial, que era objeto de especial atención en la década de 1990, tuvo como consecuencia que la Constitución plasmara mecanismos para salvaguardar la independencia del poder judicial y otras instituciones, mediante la transparencia, la supervisión de los ciudadanos y la evaluación del mérito profesional en el nombramiento de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia, de los jueces en general y de otras autoridades de control. Pero todo esto se vino abajo con la aprobación por la Asamblea Nacional Constituyente de un decreto sobre el régimen de transición del poder público, que buscaba justificar los nombramientos acelerados y facilitaba la captura de la cúpula del Poder Judicial y otros órganos constitucionales, como abordaremos en las siguientes líneas.³⁵

III. LA CREACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL, LA CAPTURA Y LA PURGA EN EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

1. *La creación de la Sala Constitucional*

En los años anteriores a la redacción de la Constitución de 1999 y a la llegada de Hugo Chávez a la Presidencia de la República se debatió en el país la necesidad de fortalecer la jurisdicción constitucional. El sistema de justicia constitucional existente en Venezuela antes de 1999 era uno de carácter mixto o híbrido, en el cual la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, tenía competencias para declarar la inconstitucionalidad y nulidad de leyes u otras disposiciones de igual rango (elemento concentrado), mientras que cada tribunal de la República tenía la facultad de considerar una ley inconstitucional e inaplicable en el caso concreto examinado (elemento difuso). El ejercicio del *judicial review* por parte de la Corte Suprema de Justicia, en la Sala Plena, había sido criticado por la lentitud de sus pronunciamientos, basados en proyectos de sentencia presentados por jueces que estaban bastante sobrecargados de casos en las Salas específicas a las que naturalmente pertenecían, y por la falta de especialización del órgano correspondiente.³⁶

³⁵ A. R. Brewer-Carías (nota 15), 69 y ss.

³⁶ J. Casal H., Constitución y Justicia Constitucional, 2014, 79 y ss.; J. Haro, La justicia constitucional en Venezuela y la Constitución de 1999, Revista de Derecho Constitucional 1, 1999, 151 y ss.

La demanda de reformas destinadas a fortalecer la jurisdicción constitucional fue también estimulada por el desarrollo jurisprudencial del recurso de amparo desde 1983, reafirmado posteriormente por la ley sobre la materia en 1988,³⁷ porque su despliegue implicaba una vitalización de la Constitución como norma de garantía de derechos, y porque la preponderante descentralización de las respectivas competencias judiciales hacía aconsejables algunas atribuciones finales de armonización jurisprudencial. La interpretación de las leyes de acuerdo con la Constitución y el reconocimiento de su fuerza normativa, la constitucionalización del ordenamiento jurídico, así como el robustecimiento de la protección judicial de la Constitución³⁸ también abrieron el camino para la creación de la Sala Constitucional en la nueva Carta Magna, conservando un sistema mixto de *judicial review* pero con un órgano especializado en el vértice de la justicia constitucional.

Se había propuesto la creación de una Corte Constitucional, pero parecía prudente seguir, al menos en parte, el modelo adoptado en Costa Rica, como principal referencia comparativa en América Latina en lo que respecta a las salas constitucionales. La opción a favor de la Sala Constitucional se consideraba principalmente como una solución intermedia entre el esquema preexistente de control judicial de la constitucionalidad, no especializado, y el de la Corte Constitucional,³⁹ no solo en lo que respecta a su configuración orgánica sino también a sus facultades.⁴⁰ Sin embargo, desde el comienzo de su labor jurisdiccional la Sala Constitucional tendió a perfilarse funcionalmente como un tribunal constitucional.

Se ha argumentado que la introducción de la Sala Constitucional en la Constitución de 1999 y sus importantes funciones se asociaron con el propósito de controlar al poder ejecutivo, cuyas facultades se estaban ampliando en la nueva Constitución, que también eliminó el parlamento bicameral.⁴¹ Por lo tanto, su creación respondería a la idea de controles y equilibrios. Sin embargo, nada indica que esa haya sido la intención de los constituyentes.⁴² Además, las opiniones jurídicas que se referían a esta creación coincidían en que era necesario reforzar

³⁷ C. Ayala/J. Casal H., La evolución político-institucional de Venezuela 1975-2005, en: Estudios Constitucionales 2, 2008, 466 y ss.

³⁸ Sobre estas tendencias en Latinoamérica, ver: A. v. Bogdandy/E. Ferrer Mac-Gregor/M. Morales Antoniazzi/F. Piovesan/X. Soley (nota 6), 3 y ss.

³⁹ A. Brewer-Carías, Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente) II, 1999, 249-250.

⁴⁰ A. Brewer-Carías, El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999, 2000, 9 y ss.

⁴¹ R. A. Sánchez Uribarri (nota 14), 866 y ss.

⁴² Según el Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente, las principales razones para la creación de la Sala estaban relacionadas con la universalidad de la garantía judicial de la Constitución, la protección de los derechos fundamentales y la mejor organización del sistema de justicia constitucional. Ver Actas No. 10 del 18 de agosto de 1999; No. 41 del 9 de noviembre de 1999, y No. 45 del 15 de noviembre de 1999.

la protección judicial de la Constitución y especialmente de los derechos humanos, lo que sin duda tenía que ver con el ejercicio del control sobre el gobierno, pero no aludían específica o separadamente a la finalidad antes mencionada. Además, las propuestas de creación de la Sala Constitucional precedieron a la redacción de la Constitución de 1999 y no presuponian una ampliación de los poderes ejecutivos ni la eliminación del bicameralismo.⁴³

Tampoco sería exacto afirmar que se instituyó simplemente para respaldar al poder ejecutivo en el despliegue de su proyecto político, ya que en la redacción de la Constitución concurren varias corrientes, entre las cuales algunas suponían que regiría una democracia constitucional. Pero en el desempeño de sus funciones la Sala Constitucional se dirigirá rápidamente hacia el cumplimiento de ese papel. Puede afirmarse que la aspiración de los magistrados de la Sala Constitucional de imponer rápidamente su primacía frente a las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, cuestión no resuelta en el texto constitucional, y de erigirse en un órgano dotado de amplias o ilimitadas facultades de garantía constitucional, se correspondía con los intereses de los gobernantes. Los partidarios del gobierno fomentaron la ampliación de las atribuciones de esta Sala, que ya habían capturado, para facilitar el dominio político sobre el poder judicial y la interpretación constitucional. Conviene recordar que la Sala Constitucional, en parte sobre la base de la Constitución, pero principalmente de su jurisprudencia expansiva, puede realizar un control de constitucionalidad tanto en relación con el legislador, frente a sus acciones u omisiones, como en relación con los jueces ordinarios, cuyas decisiones son susceptibles de ser sometidas al examen de la Sala mediante instrumentos como el amparo, en segunda instancia, y la facultad de revisión de las sentencias definitivamente firmes de cualquier tribunal que sean relevantes para la interpretación constitucional. También cabe destacar que esta Sala se ha arrogado la competencia de establecer interpretaciones vinculantes de la Constitución a través de una acción judicial directa, de carácter abstracto y con efectos cuasi-constituyentes, tal como la propia Sala lo ha declarado.⁴⁴ Este cambio hacia un esquema más centralizado de revisión judicial es una de las estrategias que a menudo se emplean en contextos autoritarios para contener el poder judicial.⁴⁵

2. *La captura y la sucesiva purga en el Tribunal Supremo de Justicia*

Para entender la actuación de la Sala Constitucional ya en su fase inaugural es necesario aludir a la forma en que fueron nombrados sus miembros. Uno de los temas que se discutieron intensamente en los años previos a la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente fue la precaria independencia judicial y el

⁴³ *A. Brewer-Carías* (nota 39), 249-250; *J. Casal H.* (nota 36), 79 y ss.; *J. Haro* (nota 36), 151 y ss.

⁴⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1077/2000 del 22 de septiembre y No. 1309/2001 del 19 de julio.

⁴⁵ *T. Moustafa/T. Ginsburg* (nota 7), 19.

procedimiento de selección de los magistrados de la Corte Suprema. Había un amplio consenso social sobre la necesidad de poner fin al dominio de los partidos políticos sobre el poder judicial y diversas organizaciones de la sociedad civil propusieron el establecimiento de un procedimiento abierto y transparente para la designación de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, que garantizara el cumplimiento de los requisitos legales para ocupar los respectivos cargos.⁴⁶ Esta propuesta encontró un amplio reflejo en el texto constitucional.

Sin embargo, la Asamblea Nacional Constituyente ignoró estos principios a finales de diciembre de 1999, cuando designó repentinamente, para sorpresa de los ciudadanos y con absoluta opacidad, a todos los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, sin apoyo en la Constitución, sin una convocatoria abierta o control social y sin verificación seria de los requisitos constitucionales.⁴⁷ La Constitución y sus disposiciones transitorias, aprobadas en referéndum el 15 de diciembre de 1999, no se referían a esos nombramientos por vía rápida o expedita para el nuevo Tribunal Supremo de Justicia, pero los miembros de la Asamblea Constituyente aliados de Hugo Chávez emitieron, después de ese referéndum y poco antes de la promulgación de la nueva Constitución, un decreto de régimen transitorio entre el antiguo y el incipiente orden constitucional. Este decreto contenía esos procedimientos acelerados y opacos para designar a los titulares de los distintos órganos constitucionales de control. Todo esto significaba una enorme violación de los fundamentos de la Constitución aprobada por el pueblo pero aún no promulgada, y por lo tanto, cuando esta nació ya había sido vulnerada.

Según el citado decreto estas designaciones tenían carácter provisional, ya que los nombramientos definitivos debían ser realizados por la Asamblea Nacional según lo previsto en la nueva Constitución, una vez que aquella resultara elegida y promulgara la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.⁴⁸ Su instalación tuvo lugar en agosto de 2000 y la Asamblea Nacional decidió a finales de ese año sustituir a algunos magistrados del Tribunal Supremo, que excepcionalmente no se habían subordinado a los intereses políticos del régimen, y ratificar a los demás. Estos magistrados disidentes fueron reemplazados por medio de una ley especial o *ad hoc* y un procedimiento otra vez apresurado. En lugar de dictar primero la ley del Tribunal Supremo de Justicia⁴⁹ para permitir el cumplimiento de la Constitución e iniciar el procedimiento de designación, resolvió no promulgar esta ley sino imponer una ley abreviada para la ocasión, no conforme con la Constitución, con el fin de hacer ratificaciones o sustituciones sumarias y partidistas. Al margen del procedimiento constitucional y con una participación

⁴⁶ *Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales*, Derechos Humanos y Justicia: El aporte de las ONG a la Asamblea Nacional Constituyente, 2000, 1 y ss.

⁴⁷ *A. R. Brewer-Carías* (nota 15), 71 y ss.

⁴⁸ *J. Casal H.* (nota 34), 137 y ss.

⁴⁹ Esta ley no se dictó hasta 2004, cuando la mayoría gobernante tenía interés en realizar otra captura del Tribunal.

social reducida y sesgada, la Asamblea Nacional procedió, por tanto, a ratificar a varios de los magistrados nombrados en 1999, sin examinar si cumplían los requisitos constitucionales, y a sustituir a aquellos que habían demostrado cierta autonomía respecto de la voluntad de los gobernantes. De esta manera, las graves irregularidades y las violaciones de los principios constitucionales cometidas con las designaciones expeditivas de 1999, que habían pretendido justificarse invocando su carácter provisional y su estricta vinculación con las necesidades de la transición, fueron arbitrariamente validadas y prorrogadas en diciembre de 2000, cuando todos los magistrados fueron nombrados por doce años.

Esto ocurrió bajo la circunstancia agravante de que la purga producida en esa ocasión dejó muy claro el mensaje de que todo aquel que se atreviera a mostrar discrepancias en cualquier aspecto relacionado con las políticas fundamentales del régimen sería reemplazado.⁵⁰ La independencia judicial ya había sido herida de muerte. Informes de organizaciones internacionales han manifestado su preocupación por la violación de la independencia judicial llevada a cabo desde finales de 1999 y en diciembre de 2000, a causa de las designaciones irregulares de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.⁵¹ Los estudios comparativos también muestran que los repetidos intentos de capturar a un tribunal superior son una señal importante de que se está pasando de un gobierno populista a un régimen populista o autoritario.⁵²

La Sala Constitucional confirmó judicialmente la validez de estas medidas ilícitas y cometió una nueva violación de la Constitución al declarar que los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia nombrados por la Asamblea Nacional Constituyente -entre los que se encontraban los miembros de la misma Sala-, no estaban obligados a someterse a una evaluación del cumplimiento de los requisitos previstos en la Constitución para ocupar los respectivos cargos, si aspiraban a ser ratificados.⁵³ Esos requisitos no habían sido examinados cuando los jueces fueron designados por la Asamblea Nacional Constituyente en 1999. Además, los respectivos magistrados decidieron en causa propia, en su propio interés y beneficio.⁵⁴

⁵⁰ Lo mismo ocurrió con el Defensor del Pueblo y el Fiscal General de la República porque se atrevieron a actuar con cierto grado de autonomía.

⁵¹ *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Informe Anual 2003, párr. 55; *International Bar Association*, Venezuela: Un informe sobre la situación del sistema de justicia, 2003, 20; *International Bar Association*, Venezuelan justice system in crisis. Executive summary, 2003, 1 y ss.; *A. Aguiar*, Los golpes a la constitucionalidad en Venezuela y la Carta Democrática Interamericana, *El Nacional*, 2002.

⁵² *A. Arato* (nota 1), 320 y ss.

⁵³ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1562/2000 del 12 de diciembre.

⁵⁴ A este respecto, véase la opinión concurrente expresada en la sentencia anterior por el juez Moisés Troconis, quien admitió que “visto el procedimiento de designaciones o ratificaciones que se halla en curso, la Sala debió guardar la más rigurosa distancia”.

IV. PRINCIPALES ETAPAS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON EL DESMANTELAMIENTO DE LA DEMOCRACIA

Es posible identificar líneas de continuidad, así como momentos de agravamiento en la actuación de la Sala Constitucional como agente destacado de la erosión democrática en Venezuela. Sería completamente erróneo afirmar que la pérdida de independencia de la mencionada Sala o su papel activo en el desmantelamiento de la democracia se manifestó después de las elecciones de diciembre de 2015, cuando la oposición obtuvo la mayoría calificada de la Asamblea Nacional y la Sala Constitucional comenzó a dictar sentencias arbitrarias dirigidas a bloquear el ejercicio de las funciones parlamentarias. De hecho, numerosos y calificados informes de organizaciones internacionales dedicadas a la promoción y protección de los derechos humanos, así como decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han referido, al menos desde 2003, de manera reiterada y concluyente a la violación de la independencia del poder judicial o de la imparcialidad de los jueces, y a la intervención de la Sala Constitucional en las acciones correspondientes.⁵⁵ Sería igualmente erróneo considerar el texto legal aprobada en 2004 para aumentar el número de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y las designaciones efectuadas posteriormente como el punto de partida de las contribuciones significativas de la Sala Constitucional al desmantelamiento de la democracia.

Esto no implica que no se puedan reconocer diferentes etapas en la evolución del funcionamiento de esta Sala y del Tribunal Supremo de Justicia, en cuanto al carácter e intensidad de su subordinación a los fines del poder ejecutivo. Sin embargo, dado el incremento de los análisis comparativos de experiencias de participación judicial en la regresión democrática, o de *judicial review* abusivo, es importante que el caso de Venezuela sea descrito con precisión. En particular, es necesario hacer patente el continuo verificable desde la primera toma del Tribunal en 1999-2000, pasando por su nueva captura en 2004-2005 y llegando hasta la jurisprudencia antiparlamentaria proferida desde 2015-2016. Se esbozarán tres etapas, de acuerdo con esta perspectiva.

1. *Mixtura inicial y progresión autoritaria (2000-2004)*

Desde su primera sentencia, la Sala Constitucional, integrada de manera acelerada en la forma antes explicada, decidió ampliar su ámbito de competencias, basándose en las ideas imperantes sobre el alcance de la protección judicial de la Constitución y, en concreto, de su garantía por medio de una sala o tribunal constitucional. Cabe señalar que los fallos que permitieron nuevas vías de

⁵⁵ Por ejemplo, ver: *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (nota 52), párr. 55; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, agosto 5, 2008; *Human Rights Watch*, *Rigging the Rule of Law; Judicial independence under siege in Venezuela*, 2004.

intervención judicial a la mencionada Sala en general no estaban vinculados a la necesidad de salvaguardar algún derecho en la situación concreta objeto de examen judicial. Por el contrario, normalmente eran pronunciamientos de carácter meramente formal o procesal que pretendían legitimar una ampliación de facultades que la Sala utilizaría después en una dirección francamente contraria a la democracia constitucional.⁵⁶ Esto podría sugerir que existía un plan orientado a aumentar las competencias de la Sala para lograr objetivos autoritarios. No obstante, parece más creíble que al comienzo se conjugaron, en la labor jurisprudencial de la Sala, tendencias y visiones diversas, como las favorables a la constitucionalización del ordenamiento jurídico y a la garantía judicial de la Constitución, junto a las que se hallaban directamente ligadas a los propósitos de dominación política e ideológica. No todos los magistrados estaban comprometidos en igual medida con cada una de estas corrientes. En todo caso, la formulación que se dio a la espuria exposición de motivos de la Constitución y la actitud avasallante que prontamente asumió la Sala Constitucional llevan a concluir que había un respaldo gubernamental a la construcción de la hegemonía de esta Sala.

En cuanto a la actuación de la Sala Constitucional, en este período inaugural se establecieron varias de las líneas jurisprudenciales que condujeron al desmantelamiento de la democracia. Junto a la ya mencionada ampliación abusiva de los poderes de la Sala, se sentaron principios o se tomaron decisiones que allanaron el camino para la erosión de la democracia.

A) Los postulados de la interpretación constitucional

Una manifestación temprana de los postulados ideológicos que pretendían guiar las construcciones jurisprudenciales de la Sala se encuentra en la sentencia que estableció los principios básicos para la interpretación de la Constitución y también del ordenamiento jurídico de acuerdo con la Constitución. En la sentencia n° 1309, del 19 de julio de 2001, la Sala fijó los criterios respectivos. En este sentido, se afirmó que la interpretación de una Constitución debe estar subordinada al “proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo”.⁵⁷ Con respecto a la Constitución venezolana de 1999, este proyecto estaría comprendido en el concepto de “Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia”, de acuerdo con el artículo 2 de la Constitución,⁵⁸ que ciertamente prevé esta categoría, pero no como una ventana a un sistema ideológico específico. Esta fórmula jurídica debe ser entendida sistemáticamente, es decir, integrada en toda la Constitución, de manera que pueda incidir en el proceso hermenéutico sin dejar de lado el con-

⁵⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 1/2000 del 20 de enero y No. 7/2000 del 1° de febrero. Una excepción a esta tendencia al activismo principalmente procesal puede verse en el caso “Asodevipirilara”, sentencia N° 85/2002, del 24 de enero, que combinó construcciones procesales-judiciales y aspectos sustantivos con consecuencias para las instituciones financieras.

⁵⁷ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1309/2001 del 19 de julio.

⁵⁸ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1309/2001 del 19 de julio.

junto de principios constitucionales. Para la Sala Constitucional, por el contrario, esa fórmula permite obviar las disposiciones de la Constitución en nombre de un proyecto político que esta no consagra pero que la misma Sala define.

Así, al referirse a los “principios axiológicos en que descansa el Estado Constitucional venezolano”, la Sala confirió una posición central a la soberanía del Estado y desestimó las “elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado”. Añadió que “no puede ponerse un sistema de principios, supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la Constitución” y que son inaceptables las teorías que pretenden limitar “so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional”. La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución implica para la Sala “salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo”. Esta contraposición entre la Constitución y la voluntad del pueblo pone de manifiesto las grietas que se estaban abriendo en el sistema jurídico. Como parámetro para el reconocimiento de esta voluntad popular se apela a “la tradición de cultura viva cuyos sentido y alcance dependan del análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano”.⁵⁹

De esta manera, la Sala declaró que en el cumplimiento de la tarea de interpretación vinculante de la Constitución no se sometería ni a las normas internacionales ni a parámetros universales, que comprenden, entre otros, la proclamación y garantía internacional de los derechos humanos, y que el texto constitucional sería maleable en función de las exigencias del proyecto político que sustenta la Constitución. Desde un prisma comparativo importa subrayar que en esta primera fase la Sala Constitucional no se mantuvo liberal en su lenguaje o categorización aparente, socavando al mismo tiempo de manera velada los fundamentos del orden democrático, como ha sucedido con otros tribunales en escenarios similares,⁶⁰ sino que desde el principio impugnó conceptualmente ese ideario. La comprensión política del “proyecto” de la Constitución y de su trascendencia en la interpretación constitucional ha sido utilizada por dicha Sala particularmente cuando ha sido preciso ir más allá o en contra del texto de la Constitución para lograr ciertos objetivos gubernamentales.

B) El régimen de transición del poder público

Una de las líneas de jurisprudencia más destacadas de la Sala en este período se refiere al decreto sobre el régimen de transición del poder público. Las normas supuestamente provisionales vinculadas a la transición al orden institucional

⁵⁹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1309/2001 del 19 de julio y No. 23/2003 del 22 de enero.

⁶⁰ *K. Scheppele* (nota 10), 562.

surgido de la nueva Constitución fueron refrendadas de manera consecuente por esa Sala, con la particularidad de que no solo convalidó ese régimen especial sino amplió su duración para flexibilizar la aplicación de la Constitución. Cuando se aproximó el momento en que correspondía, de acuerdo con ese decreto, exigir la plena observancia de las disposiciones constitucionales, la Sala añadió otro requisito para la plena eficacia y estricta aplicación de la Constitución,⁶¹ concediendo a los gobernantes más tiempo para seguir administrándola de forma elástica o laxa y para servirse de los cargos ocupados políticamente por la Asamblea Nacional Constituyente.⁶² La prolongación de este régimen transitorio, que en algunos ámbitos aún no ha cesado,⁶³ fue uno de los factores que contribuyó al pronto desmantelamiento de la normatividad constitucional y abrió amplios espacios de discrecionalidad política y arbitrariedad. Además, la Sala declaró que no se podía impugnar el decreto sobre el régimen de transición alegando que violaba la Constitución de 1999, porque el primero había sido dictado antes de la promulgación de la segunda. Tampoco se podía impugnar con referencia a la anterior Constitución, de 1961, ya que la Sala había sostenido que las disposiciones o decretos de la Asamblea Nacional Constituyente tenían una jerarquía supraconstitucional respecto de esta Constitución y, en todo caso, la vigencia del decreto se proyectaba sobre la Constitución naciente.⁶⁴ En definitiva, no era posible, según esa jurisprudencia, lograr la anulación del referido decreto, por infringir la nueva Constitución, pese a que aquel se aprobó deliberadamente poco antes de su entrada en vigor para eludir sus prescripciones y a que sus consecuencias perduran hasta el presente.

C) *La libertad de expresión y el derecho a la información*

En cuanto a los criterios jurisprudenciales que la Sala Constitucional estableció en este periodo en materia de derechos humanos, cabe mencionar las sentencias en las que defendió una interpretación restrictiva de la libertad de expresión y reconoció facultades judiciales para imponer la censura a la difusión de determinadas informaciones o mensajes. En particular, la Sala definió las implicaciones de los principios de veracidad e imparcialidad de la información, previstos en la Constitución (art. 58), y declaró que el cumplimiento de dichos principios es una condición previa para el ejercicio del derecho a la información, lo cual puede ser asegurado por los jueces mediante la acción de amparo. Asimismo,

⁶¹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 179/2000, del 28 de marzo.

⁶² Un buen ejemplo de ello es la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, un órgano provisional creado por la Asamblea Nacional Constituyente y que se mantuvo en funcionamiento durante más de 10 años, con la atribución de la destitución de los jueces. Los miembros de esta Comisión fueron nombrados por la Asamblea y posteriormente reemplazados por el Tribunal Supremo de Justicia.

⁶³ La jurisdicción disciplinaria judicial sigue esperando la creación de los colegios electorales judiciales.

⁶⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 180/2000 del 28 de marzo.

este mecanismo procesal sirve para garantizar el pluralismo de la información o de la opinión en los medios de comunicación.⁶⁵

En aquel tiempo los medios de comunicación masivos habían adoptado en su mayoría una posición crítica hacia el gobierno y era evidente el sesgo político que tenían los poderes abusivamente conferidos a los tribunales. En el mismo sentido, la Sala Constitucional sostuvo criterios discriminatorios para negar a los periodistas el derecho de rectificación o respuesta ante informaciones inexactas y agraviantes, en un caso en el que un conocido líder social había sido criticado por Hugo Chávez en su programa dominical.⁶⁶

En relación con este enfoque restrictivo de la libertad de expresión es importante destacar la sentencia en la que la Sala Constitucional declaró en 2003 la constitucionalidad de las normas del Código Penal que tipificaban como delito la difamación o el llamado desacato contra las autoridades o instituciones públicas,⁶⁷ haciendo caso omiso, explícitamente, de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶⁸ que habían establecido la incompatibilidad de las leyes de desacato con la libertad de expresión, los cuales habían sido invocadas por el demandante. Al dejar de lado estas recomendaciones de la Comisión, la Sala destacó su compromiso con la defensa de los órganos del Estado (“el tejido institucional del país”) contra “el poder económico privado o de grupos políticos” aliados con “Estados o grupos económicos, políticos, religiosos o filosóficos extranjeros o transnacionales”, y que pudieran querer debilitar al Estado, y afirmó que era indispensable la protección penal del honor o la reputación de las autoridades ejecutivas, los miembros de la Asamblea Nacional o los funcionarios públicos.⁶⁹ Esta concepción ha repercutido en la legislación penal durante muchos años.

D) *El derecho a la libertad de asociación*

Otro campo en el que se desarrolló un enfoque jurisprudencial restrictivo de los derechos humanos fue el derecho a la libertad de asociación, en su proyección

⁶⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1013/2001, del 12 de junio. Ver las consideraciones de la *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Right to freedom of expression and thought, 2003, párr. 407 y ss.

⁶⁶ Se puede compartir el argumento de la Sala Constitucional de que el presidente Hugo Chávez había comunicado una opinión, pero no había difundido una información y que el derecho de réplica solo se aplicaría a la información errónea, lo que justificaría la desestimación del recurso de amparo. No obstante, la Sala introdujo en su sentencia muchas otras consideraciones sobre el derecho a réplica y la libertad de expresión, con efectos vinculantes y restringiendo de manera severa y discriminatoria el ejercicio de ese derecho por parte de los periodistas.

⁶⁷ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1942/2003 del 15 de julio.

⁶⁸ *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Informe Anual 1994.

⁶⁹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1942/2003, del 15 de julio.

sobre las posibilidades de participación social en la vida pública. La llamada sociedad civil fue otro sector en el que el gobierno encontró resistencia desde el principio. También desde entonces, la Sala Constitucional introdujo criterios restrictivos para el disfrute de la libertad de asociación, en lo que respecta a las condiciones que fijó para el ejercicio del derecho de participación en los asuntos públicos por organizaciones sociales.

En el año 2000, la Sala demarcó el círculo dentro del cual se permitía invocar estos derechos, para participar en la postulación de ciertas autoridades de control y en otros mecanismos constitucionales, en calidad de miembro de la sociedad civil. Después de descartar al Estado, las entidades dirigidas por militares y los partidos políticos de la sociedad civil, lo que resultó razonable, la Sala dejó de lado también a las ONG y otras asociaciones cuyos representantes fueran sacerdotes o clérigos, o extranjeros. Asimismo, se excluyeron las organizaciones sociales creadas por las iglesias, a menos que no persiguieran un adoctrinamiento religioso sino procuraran “coadyuvar con el Estado” en cumplimiento de los objetivos de Seguridad Nacional previstos en el artículo 326 de la Constitución. Se dejaron de lado igualmente a las personas jurídicas que tuvieran por objeto el adoctrinamiento político o de cualquier otro tipo, así como a las que tuvieran un fin lucrativo.⁷⁰

Lo mismo ocurre cuando estas entidades son financiadas o sostenidas, directa o indirectamente, por otros Estados o entidades internacionales, o por “asociaciones, grupos, o movimientos transnacionales o mundiales, que persigan fines políticos o económicos, en beneficio propio”.⁷¹ Se aplicaron en cambio criterios flexibles respecto del financiamiento a organizaciones sociales por parte del Estado venezolano, que de esta manera pueden representar a la sociedad civil, si se les reconoce autonomía de acción. Se dejó abierta solo una pequeña ventana para el financiamiento internacional en beneficio de las ONG asentadas en el país, referida a los contratos suscritos para “realizar estudios” o a un apoyo económico basado en “colectas provenientes de la solidaridad humana”, pero solo cuando los representantes nacionales de estas ONG mantengan autonomía de acción. La Sala determina cuándo se puede abrir esta ventana a estas organizaciones: dadas esas condiciones, “esta Sala podría considerarlas legítimas”.⁷² Además, se establecieron requisitos en cuanto a la estructura y el funcionamiento de las asociaciones que pretendan formar parte de la sociedad civil. Sin entrar en detalles sobre estos requisitos, estos comprenden -en general- criterios que carecen de base constitucional y limitan los derechos a la libertad de asociación y a la participación ciuda-

⁷⁰ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1395/2000, del 21 de noviembre.

⁷¹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1395/2000 del 21 de noviembre.

⁷² Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1395/2000 del 21 de noviembre. Una perspectiva restrictiva similar se había mantenido en la sentencia No. 656/2000 del 30 de junio y No. 1050/2000 del 23 de agosto.

dana. Además, fueron establecidos por la jurisprudencia sin ningún fundamento jurídico, alegando que regirían con carácter provisional, hasta la intervención del legislador, pero en realidad siguen vigentes.

E) *La eficacia de los tratados internacionales de derechos humanos y de las decisiones adaptadas por los órganos correspondientes*

Sobre la base de los postulados expuestos sobre la interpretación constitucional y refiriéndose al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Sala ha realizado una contraposición errónea entre, por un lado, la garantía internacional de los derechos humanos, que supuestamente “da preeminencia a los derechos individuales, civiles y políticos dentro de un régimen de democracia formal”, y no “tiene previsión sobre un modelo distinto al demócrata liberal”; y por otro lado, la protección constitucional de los derechos sociales en el marco de una democracia participativa y de un Estado Social de Derecho y de Justicia.⁷³ Durante los desarrollos jurisprudenciales posteriores, como veremos, estos fundamentos permitieron a la Sala sostener *a priori* o en abstracto, la prevalencia de los intereses colectivos o generales sobre los derechos individuales y descartar como máxima hermenéutica el principio según el cual la libertad es la regla y su limitación la excepción. Nada de ello se ajusta a lo contemplado en la Constitución, que, si bien refleja en cierta medida una tensión entre los principios liberales y otros de carácter colectivista o comunitario y participativo, se mantiene en el marco del constitucionalismo democrático, en el que es fundamental tanto la limitación del poder público y el control de su ejercicio, como enraizar la fuente de su legitimidad en la soberanía popular.

La mencionada sentencia dictada en 2003 por la Sala Constitucional, relativa a las leyes penales de desacato, tuvo asimismo un profundo impacto en lo que respecta a la relación entre el ordenamiento nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Junto con los aspectos sustantivos referidos a la libertad de expresión, cabe destacar que la Sala estableció, en dicha sentencia, su posición general sobre el significado de las normas constitucionales relativas a los tratados de derechos humanos y la protección internacional de esos derechos.⁷⁴ Basándose nuevamente en la soberanía del Estado como concepto cardinal, entendida como límite absoluto del Derecho Internacional Público, estableció entonces los fundamentos de la competencia que se arrogaría con el fin de declarar

⁷³ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1265/2008 del 5 de agosto. La Sala Constitucional no debería haber ignorado ni el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, ni el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”. Este protocolo fue firmado por Venezuela pero no había sido ratificado, y la Sala no mostró disposición a solicitar al Ejecutivo que procediera a su ratificación.

⁷⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1942/2003 del 15 de julio.

inaplicables las sentencias de la Corte Interamericana cuando contravinieran las interpretaciones de la Sala, así como los fundamentos del mecanismo procesal que permitiría a la Sala controlar posteriormente la compatibilidad con el marco constitucional de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁷⁵ Estos postulados también la llevarían a exhortar al Ejecutivo a denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁷⁶

Es importante subrayar que algunos de esos criterios se ajustan a los rasgos distintivos atribuidos al “constitucionalismo radical”, que se habría instalado en Venezuela, Ecuador, Bolivia y Nicaragua, y que vendría a romper el consenso existente en América Latina desde los años noventa a favor del constitucionalismo liberal y de la aplicación efectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno.⁷⁷ En relación con este último tema, ese constitucionalismo se caracterizaría precisamente, en particular dentro del primer país mencionado, por la fuerte reivindicación de la soberanía del Estado y de los principios de autodeterminación de los pueblos y de no injerencia en los asuntos internos.⁷⁸ No sería pertinente entrar en un examen de la categoría del constitucionalismo radical. Basta con señalar que si bien la soberanía nacional y estos principios tienen un gran significado en la Constitución venezolana (Preámbulo y art. 1), esta reconoce también la preeminencia de los derechos humanos como valor superior del ordenamiento jurídico, cuya protección internacional está explícitamente asegurada (Preámbulo y arts. 2, 19 y 23 y 31).

F) *Reserva legal y separación de poderes*

La orientación antiliberal de la jurisprudencia constitucional fue patente en las sentencias que restringieron el valor y el alcance del principio constitucional que reserva a la ley la regulación de ciertas materias en el ámbito económico. Para justificar el debilitamiento de ese principio, la Sala Constitucional afirmó que las libertades económicas y otros derechos conexos se cruzan en su ejercicio “con aspectos que involucran la función social o el interés general”, lo que determinaría que este principio pierda su intensidad.⁷⁹ Esa laxitud tendría un fundamento, a juicio de la Sala, en la transición “del Estado Liberal al Estado Social de Derecho” y en la legitimación democrática que ha adquirido el poder ejecutivo en los Estados constitucionales contemporáneos, en los que se ha superado el dua-

⁷⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1942/2003 del 15 de julio.

⁷⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1939/2008 del 18 de diciembre.

⁷⁷ *J. Couso*, Back to the future? The return of sovereignty and the principle of non-intervention in the internal affairs of the states in Latin America’s “radical constitutionalism”, en: C. Crawford/D. Bonilla Maldonado (eds.), *Constitutionalism in the Americas*, 2018, 140 y ss.

⁷⁸ *J. Couso* (nota 77), 143 y ss.

⁷⁹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1613/2004 del 17 de agosto y No. 2164/2004 del 14 de septiembre.

lismo de las monarquías constitucionales europeas del siglo XIX.⁸⁰ No es posible analizar en este trabajo los detalles de esos postulados. Basta señalar que los estudios constitucionales y las fuentes jurídicas internacionales sobre la necesidad de una base legal para la regulación o limitación de los derechos fundamentales coinciden en subrayar la importancia del parlamento como espacio plural y deliberante de formación de las leyes, en sistemas con ejecutivos elegidos directa o indirectamente por el pueblo.⁸¹

En esta etapa destacan también las sentencias que ampliaron el campo en el que el Presidente de la República puede promulgar decretos con fuerza de ley. Se declaró que estos decretos podían comprender materias que la Constitución reserva a las leyes orgánicas.⁸² Es decir, se aceptó la existencia de decretos con fuerza de ley orgánica, aptos para tratar temas que según la Constitución corresponden exclusivamente a ese tipo especial de ley, cuya formación requiere una mayoría calificada de miembros del Parlamento, al admitirse el proyecto correspondiente.⁸³ Esta interpretación representó una grave violación de la Constitución, en la medida en que las facultades normativas primarias del Presidente son extendidas a una esfera en la cual el ejercicio del poder legislativo no es delegable. De conformidad con el texto constitucional, las materias mencionadas en el artículo 203 están reservadas al parlamento y a este tipo específico de ley (orgánica). Uno de los ámbitos de las leyes orgánicas es el “desarrollo” de los “derechos constitucionales”, por lo que la relectura de la Constitución realizada por la Sala Constitucional amplió las posibilidades de intervención normativa del Presidente en el ámbito de los derechos. Incluso se han previsto delitos y penas a través de decretos con fuerza de ley, lo que ha sido condenado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁸⁴

Una expansión similar se ha producido en relación con los decretos con fuerza de ley que pueden ser emitidos por el Presidente con una habilitación o delegación legislativa previa, en materias no exclusivas de la ley orgánica. Se han dictado sucesivas leyes habilitantes genéricas o imprecisas, al margen de las exigencias constitucionales, y la Sala Constitucional las ha avalado desde el comienzo.⁸⁵

⁸⁰ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1613/2004 del 17 de agosto y No. 2164/2004 del 14 de septiembre.

⁸¹ *R. García Macho*, Reserva de ley y potestad reglamentaria, 1998, 237 y ss.; *L. Michael/M. Morlok*, Grundrechte, 2020, 283 y ss.; *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Opinión consultiva OC-6/86, La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1986, párr. 12 y ss.

⁸² Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1716/2001 del 18 de septiembre.

⁸³ Artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

⁸⁴ *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Informe sobre la situación de derechos humanos en Venezuela, 2003, párr. 57.

⁸⁵ Por lo general, lo ha hecho tácitamente, obstruyendo el procedimiento de las reclamaciones presentadas en su contra o esperando a que expire el período de su validez para desestimar

G) *El derecho a la participación política: La llamada guerra entre las Salas y el referéndum revocatorio presidencial*

En este período surgió la llamada guerra entre las Salas del Tribunal Supremo de Justicia,⁸⁶ y su significado para este estudio es que implicó un claro exceso de la Sala Constitucional, dirigido a obstruir y retrasar la celebración del referéndum revocatorio del mandato del Presidente de la República, que estaba siendo promovido por el electorado de acuerdo con la Constitución. El Consejo Nacional Electoral había invalidado arbitrariamente las manifestaciones de voluntad de alrededor de ochocientos mil (800.000) ciudadanos que habían presentado de forma regular la iniciativa para ese referéndum⁸⁷ y la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia anuló en 2004 las resoluciones respectivas de ese Consejo y confirmó esas manifestaciones de voluntad.⁸⁸ El comando de campaña que apoyaba a Hugo Chávez ante esta propuesta de revocatorio interpuso un recurso ante la Sala Constitucional contra la sentencia de la Sala Electoral y esta fue anulada.⁸⁹ Todos esos electores tuvieron que concurrir una vez más a firmar la petición a través de un engorroso procedimiento. Al dejar sin efecto la sentencia de la Sala Electoral y respaldar la decisión del Consejo Nacional Electoral que había considerado nulas las firmas correspondientes, la Sala Constitucional favoreció la estrategia gubernamental de retrasar al máximo la celebración de este revocatorio, a fin de procurar la mejor oportunidad para su realización. Finalmente, no se logró revocar el mandato presidencial y a partir de entonces el gobierno propició o cuando menos toleró una iniciativa surgida de sus propias filas para elaborar una lista de acceso público con la identidad de quienes habían firmado para activar el referéndum revocatorio, lo que generó una práctica masiva de discriminación contra los disidentes,⁹⁰ nunca cuestionada por el Tribunal Supremo de Justicia.

Esa guerra entre las mencionadas Salas estuvo precedida de una escisión que se produjo en la mayoría gobernante, en particular con ocasión del intento de golpe militar contra Hugo Chávez en abril de 2002.⁹¹ Esta escisión se reflejó también en el Tribunal Supremo de Justicia, ya que varios de sus magistrados tenían una estrecha relación con el movimiento ahora disidente. Esa ruptura se materializó judicialmente cuando la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justi-

posteriormente la demanda judicial, argumentando que una vez que ha cesado, solo se pueden impugnar los decretos basados en esa ley. Véase: Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 740/2010 del 13 de julio.

⁸⁶ R. A. Sánchez Uribarri (nota 14), 869 y ss.; A. Brewer Carías/R. Chavero/J. Peña Solís (eds.), *La guerra de las Salas del Tsj frente al Referéndum Revocatorio*, 2004, 13 y ss.

⁸⁷ C. Ayala, *El referendo revocatorio: una herramienta ciudadana de la democracia*, 2004, 21 y ss.

⁸⁸ Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 24/2004 del 15 de marzo.

⁸⁹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 442/2004 del 23 de marzo.

⁹⁰ *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Caso San Miguel Sosa y otros vs. Venezuela, del 8 de febrero 2018, párr. 40 y ss.

⁹¹ R. A. Sánchez Uribarri (nota 14), 869 y ss.

cia desestimó que hubiera méritos para la apertura de un proceso penal contra los militares de alto rango que habían participado en el levantamiento contra el gobierno de Chávez en abril de 2002.⁹² No sería pertinente examinar aquí este fallo. Solo es importante destacar que la Sala Constitucional casi no resultó afectada por esta ruptura política, ya que la mayoría de sus miembros mantuvieron el apoyo irrestricto a los intereses del poder ejecutivo y a las medidas gubernamentales. Esta ruptura tuvo mayores consecuencias en otras Salas, especialmente en la Electoral y, fuera de este Tribunal, en un alto órgano judicial de la jurisdicción contencioso-administrativa, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

El conflicto entre las mencionadas Salas, así como la anterior ruptura ocurrida en el Tribunal Supremo de Justicia, condujeron posteriormente a los esfuerzos gubernamentales dirigidos a recuperar y solidificar el control sobre el Tribunal Supremo de Justicia. Entre estos se encontraba la presión ejercida sobre los magistrados de la Sala Electoral que habían tomado decisiones con ocasión del conflicto suscitado entre esta Sala y la Sala Constitucional, lo cual se tradujo en que dos de los magistrados de aquella Sala fueran denunciados por el comando político de Hugo Chávez ante el Poder Ciudadano, para calificar las faltas supuestamente cometidas por ellos con motivo de dicho conflicto. Para evitar su destitución u otras medidas en su contra, estos magistrados solicitaron anticipadamente su jubilación, cuando aún restaban ocho años para el cumplimiento de su mandato. Una medida similar, pero no velada, fue la destitución del magistrado de la Sala de Casación Civil que había redactado la sentencia que rechazó las acusaciones penales contra militares referidas a los supuestos delitos de rebelión cometidos en abril de 2002.⁹³

H) Sentencias posiblemente demostrativas de un cierto margen de acción de la Sala Constitucional

Entre 2000 y 2004 se dictaron decisiones que, se ha dicho, sugieren un cierto margen de acción de la Sala Constitucional fuera del ámbito de las cuestiones políticas controvertidas. Sin embargo, el sentido general de la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional en ese lapso estuvo dirigido a apuntalar las políticas y medidas gubernamentales y a ampliar las competencias de la Sala para controlar a todos los tribunales del país. Los análisis estadísticos sobre las sentencias emitidas por esta Sala en ejercicio del control judicial de constitucionalidad en el período examinado⁹⁴ deben complementarse con una perspectiva cualitativa que considere aspectos como el momento en que se emitió la norma impugnada, así como la relevancia política o institucional de la materia y en qué medida se vieron afectados los intereses del gobierno.

⁹² Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 38/2002 del 14 de agosto.

⁹³ *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Follow-up Report on compliance by the State of Venezuela with the recommendations made by the IACHR in its Report on the situation of human rights in Venezuela, 2004, párr. 179.

⁹⁴ *R. A. Sánchez Uribarri* (nota 14), 867 y ss.

Conviene aludir, no obstante, a un caso en que una reducida autonomía pudo ponerse de manifiesto. En noviembre de 2002 una sentencia de la Sala Constitucional atemperó excepcionalmente el efecto de normas promulgadas por el Ejecutivo en un asunto perteneciente a su agenda política. Se declararon inconstitucionales y se anularon dos artículos del decreto con fuerza de ley referido a la tierra y el desarrollo agrario, ya que violaban la garantía de una justa indemnización en caso de medidas de privación de derechos comparables a la expropiación, y reconocían facultades a la administración pública para recuperar, sin intervención judicial, tierras o fincas ocupadas por particulares, con el argumento de que se encontraban presuntamente ociosas o incultas. Además, otros artículos de ese decreto se sometieron a una interpretación correctiva conforme a la Constitución.⁹⁵ La referencia a esta sentencia es útil para ilustrar la evolución del proceso político en una dirección más autoritaria y antiliberal, ya que en 2005 el decreto correspondiente fue reformado por la mayoría parlamentaria del gobierno con el fin, entre otros propósitos, de restablecer los artículos anulados en 2002, lo que no ha sido cuestionado por la Sala.

Se pueden citar un par de sentencias adicionales en las que la Sala atenuó o aplazó los efectos de las normas dictadas por el Ejecutivo o el Legislativo, aunque sin perjudicar los intereses del ejecutivo.⁹⁶ Otra sentencia que se ha presentado como contraria a Chávez fue la decisión por la cual se suspendieron las elecciones generales previstas para finales de mayo de 2000,⁹⁷ pero esta representó en realidad una salida honrosa para el Consejo Nacional Electoral ante su fracaso en la organización de estas elecciones. Estas habían sido anunciadas para el 28 de mayo, pero fueron suspendidas a último momento debido a dificultades técnicas, y se celebraron finalmente el 30 de julio de 2000. Ello fue conveniente para el gobierno y la oposición, ya que ambos sectores estuvieron a favor de la suspensión en aquel momento.⁹⁸

Contrariamente a lo que se ha sostenido,⁹⁹ la balanza se inclinó a favor del gobierno cuando la Sala Constitucional declaró la omisión de la Asamblea Nacional en la elección de los rectores del Consejo Nacional Electoral, lo que permitió después a esta Sala designar a estos rectores y sus suplentes.¹⁰⁰ Importantes sectores tanto del chavismo como de la oposición estaban interesados en desbloquear la situación creada por la imposibilidad de alcanzar una mayoría cualificada de los Diputados en el parlamento para elegir a los miembros del

⁹⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 2855/2002 del 20 de noviembre.

⁹⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1911/2002 del 13 de agosto y No. 91/2005 del 2 de marzo.

⁹⁷ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 483/2000 del 29 de mayo.

⁹⁸ Respecto a esta sentencia ver *M. Taylor* (nota 11), 251.

⁹⁹ *M. Taylor* (nota 11), 252.

¹⁰⁰ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 2073/2003 del 4 de agosto.

mencionado Consejo. Sin embargo, esta intervención de la Sala Constitucional debe ser evaluada considerando que ella misma había dejado al Consejo Nacional Electoral mutilado en su capacidad de acción en temas relevantes, a través de una sentencia previa, lo que contribuyó a generar la necesidad de elegir nuevos rectores en este Consejo y a que posteriormente se produjera el correspondiente bloqueo en el parlamento.¹⁰¹

El trasfondo del asunto fue la iniciativa popular destinada a celebrar un referéndum consultivo mediante el cual el electorado solicitaría a Hugo Chávez que renunciara a su cargo. La Sala Constitucional no declaró la inconstitucionalidad de la posible celebración de este referéndum consultivo, pero encomendó al Consejo Nacional Electoral evaluar si la solicitud era procedente.¹⁰² En esa misma fecha la Sala Electoral había sostenido, a través de una interpretación sesgada y sustentada en la perpetuación del régimen de transición del poder público, que la mayoría calificada de votos allí prevista era requisito indispensable para que el organismo electoral realizara convocatorias a procesos electorales, lo que en la práctica dejaba a la oposición sin opciones para impulsar tal iniciativa y bloqueaba cualquier otro evento electoral en el futuro.¹⁰³ En su decisión, la Sala Electoral también ordenó suspender la convocatoria a ese referéndum, que ya había sido aprobada por el Consejo Nacional Electoral. Esta forma sibilina de desestimar la petición de una parte del electorado, en virtud de la actuación evidentemente coordinada entre estas dos Salas del Tribunal Supremo de Justicia, bajo la apariencia de una decisión favorable de la Sala Constitucional, fue uno de los síntomas más visibles de la enfermedad del órgano judicial.

Además, las sentencias sobre la designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral resultaron finalmente favorables al gobierno, porque la declaración judicial de la omisión legislativa permitió a la Sala Constitucional controlar a lo largo del tiempo, en coordinación con el Consejo Nacional Electoral, cuyos miembros fueron designados por ella misma, el proceso que podía conducir a la revocación del mandato del Presidente de la República. Esto tenía importantes proyecciones hacia el futuro, ya que la Sala Constitucional declaró que era necesaria una ley para la iniciativa popular de ese referéndum y autorizó al Consejo Nacional Electoral a emitir las normas correspondientes, dada la ausencia de una ley sobre la materia,¹⁰⁴ lo que sometió la futura iniciativa popular de esa y otras formas de referéndum previstas en la Constitución a lo que este Consejo pudiera determinar, ya que esa ley nunca fue promulgada. Asimismo, se ha convertido en regla la intervención supuestamente excepcional de la Sala Constitucional para nombrar a los rectores de dicho Consejo. Por otra parte, el bloqueo judicial y ad-

¹⁰¹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 2186/2002 del 18 de noviembre.

¹⁰² Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 23/2003 del 22 de enero.

¹⁰³ Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 3/2003 del 22 de enero.

¹⁰⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 2073/2003 del 4 de agosto.

ministrativo del proceso de revocación presidencial dejó crecer la conciencia en los ciudadanos de que los instrumentos de democracia directa establecidos en la Constitución carecen de eficacia, y tienen que enfrentarse a todo tipo de barreras, si se oponen a los intereses gubernamentales.

I) *Balance*

La hibridación del sistema político que existió durante los primeros años del gobierno de Chávez también estuvo presente en el Tribunal Supremo de Justicia en general y en la Sala Constitucional en particular. Algunos magistrados de la Sala Constitucional que en cierta medida eran afines al constitucionalismo democrático prefirieron acompañar al resto de los magistrados en decisiones cuyos fundamentos eran contrarios a ese concepto, probablemente en la creencia de que era posible lograr compromisos mientras no se superaran ciertas barreras. Esta postura se reflejó en el escaso número de votos salvados emitidos en los primeros años de funcionamiento de la Sala,¹⁰⁵ aunque ello fue también consecuencia de la exclusión que se produjo en diciembre de 2000 de algunos magistrados que se inclinaban por incluir opiniones disidentes, los cuales no fueron ratificados por la Asamblea Nacional en diciembre de 2000.

A largo plazo, esa actitud acomodaticia no contribuyó a evitar el proceso autoritario. Esta actitud ya había sido asumida en enero de 1999, cuando la Corte Suprema de Justicia declaró que era válido convocar un referéndum para consultar al pueblo si quería convocar una Asamblea Nacional Constituyente, aunque esta vía de cambio constitucional no estaba prevista en la Constitución vigente en ese momento. Dejando de lado el debate sobre la admisibilidad del ejercicio del poder constituyente por parte del pueblo en tales circunstancias, esta sentencia resolvió la cuestión de tal manera que abrió por completo las puertas al ejercicio de un poder absoluto por parte de la Asamblea Nacional Constituyente.

A diferencia de esa postura acomodaticia, los magistrados que estaban intensamente ligados a los nuevos gobernantes y a su proyecto o ideología, avanzaron decididamente desde el principio hacia una jurisprudencia que amplió las competencias de la Sala, lo que fue un factor principal para asegurar la concentración de poderes en el Ejecutivo, así como para imponer jurisprudencialmente una cierta comprensión de los derechos, del papel del Estado en la economía y de la sociedad civil.

En sus primeros años de funcionamiento la Sala Constitucional procuró en algunos casos la canalización institucional de ciertas controversias, pero no como un órgano independiente.¹⁰⁶ Algunos índices sobre la autonomía judicial detecta-

¹⁰⁵ R. A. Sánchez Uribarri (nota 14), 877.

¹⁰⁶ Ver, por ejemplo, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1563/2000 del 13 de diciembre y No. 3343/2002 del 19 de diciembre; R. Pérez Perdomo, *Judicialization and regime transformation: The Venezuelan Supreme Court*, en: R. Sieder/L. Schjolden/A. Angell (eds.), *The judicialization of politics in Latin America*, 2005, 131 y ss.

ron una disminución ya en 2002-2003,¹⁰⁷ aunque las bases de esta tendencia eran anteriores. Se puede afirmar que al principio se creía que había en el máximo órgano judicial ciertos márgenes de decisión que evitarían una ruptura abierta con el marco democrático o el Estado de Derecho y que mantendrían al gobierno dentro de un mínimo de formas constitucionales.

Sin embargo, una vez que esta Sala fue desenmascarada por sus propias decisiones, antes de la ampliación del Tribunal Supremo de Justicia en 2004-2005, rara vez podía canalizar conflictos, ni siquiera de menor relevancia institucional. Ello dio lugar a una reducción de la litigiosidad en materia constitucional ante el Tribunal Supremo,¹⁰⁸ en especial después de que se hizo evidente que la presentación de demandas ante él no solo era inútil para controlar las medidas del Gobierno, sino que también permitía al Tribunal, en particular a su Sala Constitucional, usurpar la autoridad y la voz de la justicia para establecer criterios interpretativos vinculantes a expensas de la democracia constitucional. Ya en esta etapa la Sala Constitucional daba muestras de su falta de independencia y desempeñaba un papel decisivo en el avance hacia un régimen autoritario. Por lo tanto, es inexacto sostener que preservó algún espacio de independencia hasta 2004 o que ejerció una revisión judicial abusiva en su forma débil hasta 2015, que a partir de diciembre de 2015 se hizo más prominente en su forma fuerte o activa.¹⁰⁹ Ciertamente, es posible reconocer una progresión en el papel autoritario de la Sala, pero la cuestión es más compleja, como se desprende de lo anteriormente explicado y de lo que a continuación se expone.

2 *La consolidación del papel autoritario de la Sala Constitucional (2005-2015)*

A) *La captura de la Sala Constitucional y del poder judicial*

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia fue dictada en el 2004, con el objetivo principal de aumentar de veinte a treinta y dos el número de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y lograr así su completa captura. Esta fue la segunda toma del máximo órgano judicial del país, aún más severa o unilateral que la anterior y más dañina para las instituciones democráticas, aunque fue de la misma naturaleza que la realizada en 1999-2000. La toma del Tribunal en 1999-2000 perdió fuerza tras la ruptura política entre los partidos de la mayoría gobernante, lo que llevó a esta a emprender la segunda captura, más intensa que la primera. En una perspectiva comparativa, no se trataba de un segundo paso dirigido a la ocupación partidista de un órgano judicial originalmente independiente, que en un primer paso había sido debilitado funcionalmente por los nuevos gobernantes, como ha sucedido en Polonia en relación con su reciente ex-

¹⁰⁷ M. Taylor (nota 11), 258; D. Cingranelli/D. Richards, 'CIRI Human Rights Data Project', 2011, disponible en: <https://web.archive.org/web/20160630090139/http://www.nsd.uib.no/macrodataloguide/set.html?id=3&sub=1>

¹⁰⁸ R. A. Sánchez Uribarri (nota 14), 873 y ss.

¹⁰⁹ Como sostienen D. Landau/R. Dixon (nota 8), 1346 y 1365.

perencia de populismo.¹¹⁰ En el caso venezolano, los dos pasos fueron en esencia del mismo carácter y la creación e integración de la Sala Constitucional terminó siendo parte del proyecto emergente. Por lo tanto, la ampliación del Tribunal Supremo de Justicia en 2004-2005 no fue una medida dirigida a debilitar un tribunal inicialmente fuerte para neutralizarlo y eventualmente ponerlo al servicio del gobierno.¹¹¹ La estrategia de 1999-2000 funcionó bien hasta la ruptura dentro del Tribunal en 2002 y se reanudó con más homogeneidad y dureza en 2004-2005, después de la guerra entre las Salas Constitucional y Electoral en 2004, con las medidas intermedias de purga ya comentadas. También hay que recordar que la clara mayoría progubernamental en la Sala Constitucional se mantuvo incluso después de esta ruptura, a diferencia de otras Salas del Tribunal Supremo.

A partir del 2005 se hizo más ostensible el protagonismo de la Sala Constitucional en la demolición de la democracia constitucional. Es importante señalar que, junto con las directrices jurisprudenciales que se abordarán más adelante, el Tribunal Supremo de Justicia, a través de su Comisión Judicial, compuesta por magistrados de cada una de sus Salas, llevó a cabo la destitución acelerada de jueces de diferentes grados del poder judicial, sin procedimiento ni motivación y violando abiertamente el debido proceso. Esto generó un firme rechazo por parte de diversas organizaciones internacionales.¹¹² Cuando algunos de los jueces afectados impugnaron sus destituciones ante la Sala Constitucional, esta declaró que los actos que ordenan la separación definitiva de un juez provisorio de su cargo no requieren ningún tipo de procedimiento judicial, ni una motivación específica.¹¹³ Esos jueces provisionales, que fueron destituidos de manera discrecional o arbitraria, fueron sustituidos de la misma manera y la vulnerabilidad del poder judicial a la presión política se hizo inmensa. En 1999 la Asamblea Nacional Constituyente había adoptado medidas de intervención en el poder judicial, de acuerdo con la declaración de emergencia judicial que ella misma había aprobada,¹¹⁴ lo que repercutió en el tratamiento dado a los jueces en los años posteriores. Pero la purga del poder judicial se retomó y se desplegó a fondo desde 2005.

B) El desconocimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la concentración de poder y la hegemonía ideológica

Esta posición de la Sala Constitucional, lesiva de la independencia del poder judicial, tuvo después serias consecuencias a nivel internacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió en 2008, tras la tramitación de las correspondientes peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos

¹¹⁰ *W. Sadurski*, Constitutional crisis in Poland, en: M. Graber/S. Levinson/M. Tushnet (eds.) (nota 1), 257 y ss.

¹¹¹ No obstante, véase *R. A. Sánchez Uribarri* (nota 14), 865 y ss.

¹¹² *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Informe Anual 2005, párr. 284 y ss.

¹¹³ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1834/2013 del 19 de diciembre.

¹¹⁴ *D. Landau* (nota 12), 165.

Humanos, que el Estado venezolano había vulnerado el derecho a un juicio justo a causa de esas medidas de destitución de jueces y otras prácticas similares que contravenían la independencia judicial.¹¹⁵ La Sala Constitucional, reacia a modificar los criterios que se fijaron y aplicaron para controlar a todo el poder judicial y anclada a su concepción cerrada de la soberanía del Estado, declaró inejecutable la sentencia de la Corte Interamericana y exhortó al Ejecutivo a denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹¹⁶ El Presidente de la República terminaría finalmente notificando la denuncia de esa Convención en septiembre de 2012,¹¹⁷ tras un reiterado incumplimiento por parte del Estado venezolano a decisiones de la Comisión y sentencias de la Corte Interamericana.

La confirmación de las destituciones sumarias de los jueces, la justificación del incumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la exhortación a denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos pusieron de manifiesto nuevamente el rol de la jurisdicción constitucional como principal actor del desmantelamiento de la democracia. Otros casos y sentencias notables en el período 2005-2015 agudizaron la violación de los derechos humanos en un contexto de discriminación y persecución política, promovieron la centralización de poderes, y favorecieron la previsión de la reelección ilimitada y la dominación ideológica. Cabe enunciar siete ejemplos: en primer lugar, el apoyo por parte de la Sala a la decisión gubernamental de no renovar la concesión de televisión abierta de RCTV, una cadena privada con una perspectiva crítica de la gestión gubernamental, y de apropiarse de los equipos de telecomunicaciones que eran de su propiedad, junto con la frecuencia respectiva, para asignarlos a un canal de carácter público que ha sido totalmente sumiso a los lineamientos gubernamentales.¹¹⁸ En segundo lugar, el establecimiento de los fundamentos para la previsión constitucional de la reelección ilimitada de autoridades, a pesar de lo que dispone uno de los principios fundamentales de la Constitución, referido al carácter alternativo del gobierno (art. 6).¹¹⁹ En tercer lugar, el apuntalamiento de la recuperación por el Poder Nacional de competencias conferidas por la Constitución con carácter exclusivo a los Estados federados, ante la posibilidad de una victoria de la oposición en algunos Estados en las elecciones de gobernadores.¹²⁰ En cuarto lugar, la abdicación de las funciones de control judicial de constitucionalidad ante el proyecto sancionado de reforma constitu-

¹¹⁵ *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Caso Apitz Barbera et. al. (“Corte Primera de lo Contencioso. Administrativo”) vs. Venezuela, Agosto 5, 2008.

¹¹⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1939/2008 del 18 de diciembre.

¹¹⁷ *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, CIDH manifiesta su profunda preocupación por efecto de la denuncia de la Convención Americana por parte de Venezuela, Septiembre 10, 2013. Disponible en: <http://portal.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/064.asp>.

¹¹⁸ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 956/2007 del 25 de mayo.

¹¹⁹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1488/2006 del 28 de julio.

¹²⁰ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 565/2008 del 15 de abril.

cional de 2007,¹²¹ que contenía normas contrarias a los principios fundamentales inalterables (cláusulas pétreas) de la Constitución de 1999, y la admisión, tras el rechazo popular en referéndum de este proyecto, de una segunda y objetable propuesta de modificación constitucional impulsada en el mismo período legislativo, para introducir la reelección ilimitada del Presidente de la República, que había sido desechada en el referendo de 2007.¹²² En quinto lugar, la aprobación de la legislación relativa al llamado poder popular o Estado comunal, que es contraria al pluralismo político y a las estructuras federales y municipales de la República de Venezuela.¹²³ En sexto lugar, la determinación de la Sala de reescribir la Constitución y la legislación con el objeto de facultarse a sí misma para infligir sanciones de privación de la libertad personal y de destitución de funcionarios, las cuales impuso contra Alcaldes de la oposición, por supuesto incumplimiento a decisiones de amparo que había dictado con motivo de las protestas sociales desarrolladas en varios municipios.¹²⁴ Séptimo, la subordinación del derecho de reunión al requisito antidemocrático y normativamente no previsto de obtener una autorización previa.¹²⁵ En línea con estas decisiones, hay que mencionar también la imposición inconstitucional de sanciones administrativas de inhabilitación política, dirigidas a excluir de la arena electoral a líderes de la oposición, las cuales dieron lugar a la condena del Estado Venezolano por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por violar los derechos políticos.¹²⁶

Además de estas siete materias, otras orientaciones antidemocráticas o iliberales que se originaron en la fase anterior se agudizaron en la que se está examinando, como la restricción injustificada del derecho a la libertad de asociación, la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información; la permisividad respecto de la legislación delegada y los decretos ejecutivos con fuerza de ley, orgánicos o no; la degradación de los derechos de propiedad y las libertades económicas; la superioridad apriorística de los intereses colectivos o públicos sobre los individuales, incluidos los derechos fundamentales, y el debilitamiento de los derechos de la oposición en el parlamento.¹²⁷ En relación con este último punto, se redujo el alcance de la inmunidad parlamentaria, y se validó la suspensión e in-

¹²¹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 2201/2007 del 27 de noviembre.

¹²² Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 53/2009 del 2 de febrero.

¹²³ Al confirmar la naturaleza orgánica de las leyes que no deberían tenerla, véase Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1676/2009 del 3 de diciembre y No. 1329/2010 del 16 de diciembre, y al usar trucos legales para no decidir un asunto, véase la sentencia No. 1483/2013 del 29 de octubre.

¹²⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 263/2014 del 10 de abril.

¹²⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. No. 276/2014 del 24 de abril.

¹²⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1266/2008 del 6 de agosto. En esta sentencia y otras, ver la opinión disidente del juez Pedro Rondón Haaz.

¹²⁷ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 745/2010 del 15 de julio; sentencia No. 1049/2009 del 23 de julio; sentencia No. 1158/2014 del 18 de agosto.

habilitación política de diputados de la oposición e incluso su exclusión definitiva del parlamento sin una decisión judicial previa.¹²⁸ También se obstruyó la actividad interna de la oposición en la organización de los procedimientos de elección de sus candidatos, en las elecciones primarias.¹²⁹ La Sala Constitucional también anuló el fallo del Pleno del Tribunal Supremo de Justicia que negó la existencia de méritos para iniciar un enjuiciamiento a raíz de las acusaciones penales contra altos funcionarios militares por su posible participación en un intento de levantamiento en abril de 2002.¹³⁰

C) *Decisiones típicas de sistemas autoritarios*

En contextos autoritarios los tribunales constitucionales suelen cumplir funciones de resolución de disputas competenciales entre agentes del régimen. Ello también ha sucedido con la Sala Constitucional, incluyendo a sentencias adoptadas en el periodo examinado.¹³¹ Otras decisiones típicas de esos contextos emanadas de la Sala se han referido a aspectos fundamentales del sustento y perpetuación política de la dominación. Como muestra de ello la Sala ha apoyado la práctica de la Fuerza Armada Nacional de emplear, en desfiles y otras manifestaciones públicas, consignas ligadas a la ideología del partido gobernante¹³² y de congregar a militares en eventos con fines políticos. Esto fue justificado por la Sala invocando, entre otros argumentos, la unión cívico-militar contemplada en el Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social, a pesar de que tales prácticas y este concepto son contrarios al diseño constitucional y a los principios democráticos.

Por otra parte, la Sala Constitucional desempeñó un papel importante en la continuidad del régimen al establecer que Hugo Chávez no dejó de ejercer el cargo de Presidente de la República cuando se trasladó al exterior, desde el 8 de diciembre de 2012, para ser tratado médicamente y luego operado, a pesar de la indiscutible imposibilidad fáctica e incluso jurídica en que se hallaba de seguir desempeñando sus funciones. De esta forma evitaba la Sala que se aplicaran las reglas constitucionales sobre ausencias temporales. Con bases en esta errónea e interesada posición la Sala declaró posteriormente que no era indispensable la juramentación de Hugo Chávez el 10 de enero de 2013, para un nuevo periodo

¹²⁸ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 207/2014 del 31 de marzo. Véanse también las siguientes decisiones de la Sala Plena, cuyos jueces relatores eran de la Sala Constitucional: Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, sentencias No. 58 y 59, ambas del 9 de noviembre.

¹²⁹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 66/2012 del 14 de febrero.

¹³⁰ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 233/2005 del 11 de marzo.

¹³¹ Así se pronunció sobre el marco legal de la Defensa Pública, órgano previsto en la Constitución, cuando se produjo una lucha interna de poder entre diferentes actores institucionales. Ver Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 163/2008 del 28 de febrero.

¹³² Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 651/2014 del 11 de junio.

constitucional, correspondiente a su segunda reelección inmediata, ya que, a juicio de la Sala, él se encontraba en pleno ejercicio de sus atribuciones, sin que se hubiera producido una interrupción que obligara a efectuar tal juramentación. Ello a pesar de que Chávez no pudo comparecer personalmente para juramentarse ante la Asamblea Nacional debido precisamente a su delicado estado de salud.¹³³ Este entramado jurisprudencial permitió que su Vicepresidente Ejecutivo, Nicolás Maduro, pudiera asumir en la práctica las tareas presidenciales durante el lapso de la enfermedad de Chávez, hasta su fallecimiento de Chávez, sin que se acudiera a las normas constitucionales sobre faltas temporales en la Presidencia. El último tramo del tejido urdido con el fin de asegurar la perpetuación de la dominación política, fue establecer, mediante una interpretación forzada de la norma constitucional relativa a las condiciones de elegibilidad para la Presidencia, que Maduro podía postularse al cargo de Presidente sin dejar de ejercer las funciones de Presidente interino que él, como Vicepresidente Ejecutivo de la República, había asumido después de que se conociera la muerte de Chávez.¹³⁴

Una vez que Maduro fue proclamado ganador de los comicios presidenciales, con un pequeño margen a su favor, por el Consejo Nacional Electoral, órgano que ya había perdido toda credibilidad dada la parcialidad de la mayoría de sus miembros, el candidato de la oposición presentó una reclamación contra la validez de la elección ante la Sala Electoral, por el fraude que habría sido cometido, pero la Sala Constitucional resolvió avocarse al conocimiento de las causas correspondientes, sustrayéndolas de las instancias en principio competentes para decidir, y declaró inadmisibles esa y otras reclamaciones similares, sin permitir la instrucción del respectivo procedimiento judicial,¹³⁵ en el que hubieran podido haberse recogido elementos de respaldo a las denuncias de fraude. Esta negación *in limine* de la posibilidad de recabar elementos probatorios de un supuesto fraude contradecía jurisprudencia electoral consolidada.

Un caso aislado, relacionado con la ley del impuesto sobre la renta, condujo a que se suscitaran fuertes tensiones entre la Sala Constitucional y la Asamblea Nacional dominada por el oficialismo.¹³⁶ Sin embargo, más que ejemplificar el ejercicio de un control judicial autónomo sobre instancias políticas, dicho conflicto puso de manifiesto una diferencia de visiones y tal vez de intereses entre los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, por un lado, y la mayoría gubernamental de la Asamblea Nacional, junto al servicio de administración tributaria, por otro lado. En efecto, la demanda judicial que permitió la decisión de la Sala Constitucional fue desestimada por esta misma Sala, pero, después de desecharla, la Sala decidió continuar con la revisión judicial de la ley impugnada en aspectos no vinculados con lo planteado por el demandante, que era cercano a la

¹³³ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 2/2013 del 9 de enero.

¹³⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 141/2013 del 8 de marzo.

¹³⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1115/2013 del 7 de agosto.

¹³⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 301/2007 del 27 de febrero.

oposición. En otras palabras, se trataba de una controversia entre los agentes del régimen, impulsado esta vez por la propia Sala Constitucional.

D) *Balance*

En general, se puede observar que la Sala Constitucional en este período reforzó la dominación autoritaria de una manera mucho más abierta. En muy pocos casos de interés general se dictaron sentencias para la protección de algún derecho constitucional,¹³⁷ manteniéndose intacto el respaldo judicial en asuntos de cierta importancia política para los gobernantes. Se observa que a partir de 2007, cuando se produjo un cambio en la Presidencia del Tribunal Supremo de Justicia, el compromiso político de este Tribunal y de sus Salas fue más ostensible. La entonces Presidenta del Tribunal y también de la Sala Constitucional sostuvo que la separación de poderes debía revisarse porque ese principio podía debilitar al Estado.¹³⁸ Ella misma fue también Secretaria Ejecutiva de una Comisión Presidencial que asesoró a Hugo Chávez en la elaboración del proyecto de reforma constitucional de 2007,¹³⁹ que socavaba gravemente la democracia. Las sentencias de la Sala Constitucional más lesivas de los derechos y libertades pasaron a ser presentadas en los informes anuales del Tribunal Supremo de Justicia como decisiones modélicas, ya que supuestamente formaban parte de un nuevo paradigma constitucional.¹⁴⁰

Todo el descrédito acumulado a causa de sus actuaciones, repercutió evidentemente en la imagen de la Sala ante la ciudadanía. Era difícil para los ciudadanos ver a la Sala Constitucional como un órgano judicial. Los demandantes que todavía recurrían a esa Sala en cuestiones políticamente relevantes lo hacían a menudo para cumplir el requisito de agotar los recursos internos antes de acudir al Sistema Interamericano de Derechos Humanos o impulsados inercialmente por la práctica pasada del Estado de Derecho, o en virtud de la convicción de que era necesario dejar constancia de que se habían realizado esfuerzos contra las medidas gubernamentales arbitrarias. Nunca lo hicieron sobre la base de la confianza en la capacidad de esa Sala de resolver razonablemente la controversia existente. Es conveniente destacar que, simultáneamente al hundimiento de la legitimidad de ese órgano, se elevó la cantidad de acciones judiciales sobre temas políticos importantes interpuestas por personas vinculadas al gobierno o autoridades públicas.¹⁴¹ Es decir, los actores gubernamentales pasaron a ser con frecuencia, directa o indirectamente, los demandantes de “justicia” ante la Sala Constitucional.

¹³⁷ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1632/2006 del 11 de agosto.

¹³⁸ Ver *Nación*, “Jefa de máximo tribunal venezolano “División de poderes debilita al Estado”, Diciembre 5, 2009, en <https://www.nacion.com/el-mundo/jefa-de-maximo-tribunal-venezolano-division-de-poderes-debilita-al-estado/S4I4RDF6KNAD5EIUGCOUC63PHA/story/>.

¹³⁹ Decreto No. 5.138, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 38.607 del 18 de enero, 2007.

¹⁴⁰ *Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela*, Palabras de apertura del año judicial, 2012, 22 y ss.

¹⁴¹ Ver, por ejemplo, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencias No. 1939/2008 del 18 de diciembre, No. 263/2014 del 10 de abril y No. 276/2014, del 24 de abril.

3. *El completo despliegue del autoritarismo judicial (2015-)*

A) *La victoria de la oposición en las elecciones parlamentarias de 2015 y la otra faceta del protagonismo autoritario de la Sala Constitucional*

En diciembre de 2015 la mayoría agónica del gobierno en la Asamblea Nacional emprendió una nueva captura del Tribunal Supremo de Justicia,¹⁴² que no se dirigió principalmente a sustituir algunos magistrados de este Tribunal por otros más leales al gobierno, porque todos eran ya de este tipo. El propósito fundamental de esta toma era evitar que la inminente mayoría opositora en esa Asamblea participara en la elección, en diciembre de 2016, de trece magistrados y veinte suplentes del Tribunal Supremo de Justicia. En otras palabras, se trataba de volver a capturar un Tribunal ya dominado.

Con todo, el perfil de los nuevos designados dotaba al Tribunal de una subordinación y de una conformación partidista aún mayor, de la cual aquellos darían de inmediato prueba concluyente. Desde finales de diciembre de 2015 el Tribunal Supremo de Justicia dictó importantes decisiones en detrimento de la legítima composición y del funcionamiento de la Asamblea Nacional que debía instalarse en enero de 2016. La Sala Electoral de ese Tribunal suspendió arbitrariamente los efectos de la proclamación de los diputados elegidos en el Estado Amazonas y la región sur indígena,¹⁴³ con la intención de privar a la oposición de la mayoría calificada de los dos tercios de los miembros del parlamento, que le permitiría promover la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente o designar a los rectores del Consejo Nacional Electoral. Esto llevó a que en enero de 2016 estuviera a punto de desatarse un conflicto abierto entre el Tribunal Supremo de Justicia y la Asamblea Nacional, que hubiera implicado que la segunda, en virtud de una sentencia de la Sala Constitucional, no hubiera podido comenzar a ejercer ninguna de sus atribuciones constitucionales.¹⁴⁴ Inicialmente este choque pudo evitarse, porque la Asamblea Nacional dio un paso atrás al permitir la desincorporación de los diputados de oposición electos en el Estado Amazonas y la región sur indígena, cuya proclamación había sido suspendida indebidamente por la Sala Electoral. No obstante, a pesar de esta actitud prudencial de la Asamblea Nacional, la Sala Constitucional insistió en la estrategia de desmantelamiento del parlamento, cuyas leyes u otras disposiciones fueron anuladas sistemáticamente¹⁴⁵, sin ningún fundamento constitucional.

¹⁴² *Comisión Internacional de Juristas*, The Supreme Court of Justice of Venezuela: an Instrument of the Executive Branch, 2017, 3 y ss.

¹⁴³ Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 260/2015 del 30 de diciembre.

¹⁴⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 3/2016 del 14 de enero.

¹⁴⁵ Por ejemplo, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 253/2016 del 31 de marzo. Para el análisis de esta y otras sentencias, ver *J. Casal H.*, Asamblea Nacional: Conquista Democrática vs. Demolición Autoritaria. Elementos de la argumentación y práctica judicial autoritaria de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, 2017, 23 y ss.

Además, los resultados de las elecciones parlamentarias de 2015 alertaron al gobierno sobre la posibilidad de ser desplazado del poder mediante el voto popular y motivaron que procurara identificar los factores que habían contribuido a la victoria de la oposición. Uno de ellos fue la plataforma electoral o coalición que agrupó a las candidaturas de oposición, la Mesa de la Unidad Democrática (MUD), que aseguraba una sola tarjeta y símbolos partidistas. La tarjeta y los símbolos de esta organización ayudaron a atraer el voto de rechazo al gobierno, más allá de los votos y escaños que los partidos opositores aliados hubieran podido obtener juntos si hubieran concurrido con sus propias tarjetas. Buena parte del electorado identificó la tarjeta de la MUD con el rechazo al gobierno o a su gestión, sin que ello supusiera un compromiso con la oferta política o programática de alguno de los partidos de la oposición. Frente a ello, la Sala Constitucional reaccionó prontamente en enero de 2016, ordenando al Consejo Nacional Electoral que verificara el registro de los miembros de cada partido político, con el fin de determinar si se había violado la prohibición de la doble afiliación o militancia que la Sala impuso en la sentencia respectiva, y también reinterpretando la legislación electoral para facilitar la cancelación de los partidos de oposición que no participaban regularmente en las elecciones nacionales.¹⁴⁶ Posteriormente, dicho organismo electoral organizó procesos de validación de los registros de militantes de los partidos, lo que llevó a la pérdida de la inscripción de los principales partidos de la oposición y a la cancelación, sin derecho a la defensa, de la Mesa de la Unidad Democrática, por haber vulnerado, en criterio de esa Sala, la prohibición de doble militancia.¹⁴⁷

En el periodo considerado la Sala Constitucional persistió en su firme y activo apoyo al gobierno, que también mostró en las fases anteriores, pero ahora aquella exhibió una vertiente autoritaria distinta en la medida en que los esfuerzos que antes se desplegaban principalmente para refrendar los actos del Ejecutivo o de la Asamblea Nacional comenzaron a concentrarse en obstaculizar el ejercicio de las competencias del parlamento. El cuchillo judicial autoritario mostró así sus dos bordes. Este asalto judicial contra la Asamblea Nacional implicó un obstruccionismo político contra una nueva mayoría electoral nacional.

Anteriormente, la Sala Constitucional había actuado en la misma dirección de un gobierno apoyado, por lo menos hasta 2012, por la mayoría popular, bariendo las limitaciones constitucionales, mientras que desde enero de 2016 dicha Sala se enfiló rotundamente contra el primordial órgano representativo elegido a nivel nacional para derribarlo funcionalmente. Un antecedente de este comportamiento ocurrió en 2008, cuando el Ejecutivo y el Legislativo minimizaron el campo de atribuciones del Distrito Metropolitana de Caracas, una vez que la oposición ganó las elecciones a la Alcaldía Mayor, y en 2009, cuando el gobierno y su mayoría parlamentaria, amparados por la Sala Constitucional, acordaron la recentralización de algunas competencias constitucionales de los Estados fede-

¹⁴⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1/2016 del 5 de enero.

¹⁴⁷ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 53/2018 del 25 de enero.

rados, tras la victoria de la oposición en los comicios de varias gobernaciones. Pero en aquella época el gobierno seguía contando, a nivel nacional, con el apoyo de la mayoría del pueblo, lo cual obviamente no justificaba tales medidas pero siempre había sido la base sobre la que el oficialismo sustentaba su populismo constitucional. Hasta que en 2016 los desafueros judiciales empezaron a dirigirse manifiestamente contra las mayorías populares a nivel nacional.

Las elecciones de 2015 habían hecho incontrovertible la pérdida de popularidad del gobierno, marcando un punto de inflexión que lo llevaría a diseñar estrategias para retener el poder sin contar con el respaldo de la mayoría del electorado, en una orientación abiertamente autoritaria.¹⁴⁸ De esta manera, el *judicial review* adquirió una naturaleza aparentemente contramayoritaria desconocida hasta entonces, que se basaba, sin embargo, no en el control de constitucionalidad sobre las decisiones de las mayorías, sino en el uso de la Constitución como arma política. Todas las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional desde enero de 2016 y enviadas al Ejecutivo para su promulgación fueron declaradas inconstitucionales y anuladas por la Sala Constitucional -con una excepción políticamente explicable que confirma la regla-, a petición del Presidente de la República.¹⁴⁹ Este control judicial de constitucionalidad de carácter preventivo, contemplado en la Constitución de 1999 y antes en la de 1961 pero mínimamente empleado en la práctica, comenzó a ser instado sistemáticamente por el Presidente de la República, cuyas supuestas objeciones de inconstitucionalidad fueron siempre aceptadas por esa Sala. La Asamblea Nacional no pudo lograr la promulgación de una sola ley relacionada con la oferta electoral de recuperación económica y social y de restauración democrática que le había permitido ganar los comicios parlamentarios de forma abrumadora. Esto se debió al bloqueo funcional impuesto por la Sala Constitucional, por razones políticas y sin fundamento jurídico-constitucional.¹⁵⁰

Por lo tanto, en sentido estricto, esta Sala no comenzó a aplicar un *judicial review* contramayoritario, sino que pervirtió esta institución para asediar a la Asamblea Nacional y privarla de sus competencias. Las atribuciones que el parlamento había venido ejerciendo regularmente desde la aprobación de la Constitución de 1999 y hasta 2015, e incluso antes, desde la promulgación de la Constitución de 1961, comenzaron a ser cuestionadas judicialmente y severamente restringidas o incluso abolidas.¹⁵¹

¹⁴⁸ D. Landau (nota 12), 169 y ss.

¹⁴⁹ Ley que regula el Uso de la Telefonía Celular y la Internet en el Interior de los Establecimientos Penitenciarios, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 40.495 del 15 de julio, 2016. Otra ley, relativa a la recuperación de la economía nacional, fue aprobada por la Asamblea Nacional pero, tras la anulación de todas las leyes por la Sala Constitucional, el parlamento decidió esperar un momento mejor para su promulgación para evitar el mismo destino de las otras leyes.

¹⁵⁰ J. Casal H. (nota 145), 23 y ss.

¹⁵¹ Este fue el caso, entre otras, de las facultades de control parlamentario sobre el gobierno; las atribuciones de la Asamblea Nacional para apreciar la viabilidad económico-financiera de los

B) *La construcción judicial del supuesto desacato de la Asamblea Nacional y otros desafueros*

El principal y aberrante sustento de la sucesión de sentencias que encadenaron al parlamento fue el criterio judicial sobre el desacato o incumplimiento por parte de aquel de sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, como fundamento jurídico de la nulidad de todas las disposiciones que la Asamblea Nacional adoptara y en última instancia del propio parlamento. En septiembre de 2016, la Sala Constitucional estableció que el parlamento no podía dictar ningún acto válido, porque habría hecho caso omiso de los fallos de esa Sala y de la Electoral.¹⁵² De acuerdo con este criterio, hasta que no cumpliera con las decisiones inobservadas, que fueron aumentando con el tiempo según la Sala Constitucional, la Asamblea Nacional quedaba reducida a cero en cuanto a su capacidad para ejercer sus funciones constitucionales. La creación judicial de la figura del desacato como causal invalidante, de manera previa y general, de la actividad del parlamento, es inaceptable en un Estado democrático de derecho, ya que una cosa sería anular las disposiciones que se dicten en contravención de determinada sentencia y otra muy distinta es anular o desmontar al propio parlamento en su capacidad de desempeñar el papel que le corresponde en una democracia. Las herramientas del Estado democrático de Derecho han sido concebidas para conservarlo, no para destruirlo, y así deben ser aplicadas.

La incorrecta invocación por parte de la Sala Constitucional de la inconstitucionalidad por omisiones legislativas contribuyó también, como ha sido señalado,¹⁵³ a erosionar funcionalmente al parlamento, ya que con base en esta dicha Sala ha autorizado la sustitución de la Asamblea Nacional por otras instancias en el ejercicio de algunas de sus atribuciones. Pero este resultado se deriva de la posición judicial sobre los efectos del supuesto desacato del parlamento a las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, ya que es con apoyo en esta premisa que la Sala Constitucional ha arribado a la conclusión de que la Asamblea Nacional no es apta para emitir actos válidos, lo que le sirve para sostener seguidamente que existe una inconstitucionalidad por omisión. No se trata de que el parlamento no quiera dictar o no haya emitido leyes o actos que la Constitución ordena, sino

proyectos de ley y para legislar y ejercer la iniciativa legislativa sobre todas las materias de la competencia del poder nacional, sin perjuicio de la iniciativa concurrente de otros órganos; la competencia de la Asamblea Nacional para aprobar o desaprobado la declaración del estado de excepción con efectos vinculantes y para prorrogarlo o no; su atribución de tener una representación legal propia para la defensa judicial de sus actos normativos y demás disposiciones, y finalmente las facultades de su Directiva para resolver sobre la presencia y actuación de la Guardia Nacional en lo que respecta a la seguridad del Palacio Legislativo Federal. Este socavamiento funcional fue apoyado ocasionalmente por la invocación del Plan Nacional de Desarrollo 2013-2019, que se convirtió en un parámetro fundamental para evaluar la validez de los actos de las autoridades públicas. Ver J. Casal H., (nota 145), 57 y ss.

¹⁵² Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 808/2016 del 2 de septiembre.

¹⁵³ D. Landau/R. Dixon (nota 8) 1363 y ss.

de que esa Sala declara que no puede hacerlo, por estar aquel incurso en desacato, y luego esta colma la omisión que en el fondo ella misma arbitrariamente ha creado.

La construcción judicial del supuesto desacato de la Asamblea Nacional -que dejó a esta última imposibilitada de cumplir sus funciones constitucionales-, a veces respaldada por la invocación judicial del estado de excepción vigente desde enero de 2016 o de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, adquirió una mayor gravedad cuando la Sala Constitucional comenzó en algunos casos a facultar al poder ejecutivo para invadir las competencias de la Asamblea Nacional. Alcanzó una expresión escandalosa con el aval judicial a la elaboración y aprobación del presupuesto nacional por el Presidente de la República, por decreto con fuerza de ley, con la aprobación de la Sala Constitucional y sin ninguna participación del parlamento, que según la Constitución tiene una atribución indelegable en esta materia.¹⁵⁴ Esto llegó a su punto álgido cuando dicha Sala dictó un par de sentencias que establecieron, como doctrina general, la sustitución de la Asamblea Nacional por el órgano que aquella determinara,¹⁵⁵ lo que fue muy criticado por la entonces -y por poco tiempo después- Fiscal General de la República, quien las calificó como un golpe contra la Constitución. Esta posición de la Fiscal General motivó, a instancias del Consejo de Defensa de la Nación, una rectificación meramente retórica de dicha Sala, que dejó intacto el alcance práctico de la construcción judicial.¹⁵⁶ Todo esto evidenciaba la degradación institucional que se había producido y que se ha profundizado.

No es posible resumir aquí los diversos aspectos de la jurisprudencia de la Sala Constitucional que llevó al bloqueo funcional del parlamento. Como hemos visto, esa Sala ya era un instrumento fundamental y un agente de dominación autoritaria antes de 2016, pero desde entonces ha desplegado este papel de una manera mucho más descarada y cínica. Ejemplo de ello es la prolífica aunque descontextualizada cita de obras de juristas venezolanos cercanos a las luchas de la oposición, cuyas voces hasta entonces habían sido generalmente silenciadas en su jurisprudencia, y la recurrente invocación de ideas como el Estado de Derecho, afines a la plataforma conceptual de la oposición, para desechar sus argumentos o pretensiones, todo ello con el fin de sugerir que esta se contradecía una vez que tenía el poder legislativo en sus manos. Las sentencias de esa Sala ya no buscan convencer a un foro público con fundamentos jurídicos ni dan razones para justificar ciertas medidas a los ojos de los aliados del gobierno, sino que han pasado a ser invectivas sarcásticas lanzadas contra un enemigo, frecuentemente

¹⁵⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencias No. 814/2016 del 11 de octubre y No. 1190/2016 del 15 de diciembre.

¹⁵⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencias No. 155/2016 del 28 de marzo y No. 156/2016 del 29 de marzo.

¹⁵⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencias No. 157/2016 y No. 158/2016 ambas del 1º de abril.

acompañadas de la amenaza de la imposición de sanciones.¹⁵⁷ Con todo, esto no significa que la intervención judicial abusiva de la Sala haya sido desde el 2016 cualitativamente diferente. Ya antes ella venía desplegando su crudo autoritarismo judicial.

Nada de esto representó un simple juego duro constitucional (*constitutional hardball*) de Maduro contra el parlamento, con el apoyo de la Sala Constitucional, en el sentido en que Tushnet ha desarrollado ese concepto,¹⁵⁸ dado que las sentencias de la Sala en estos asuntos han ido obviamente más allá de lo que es constitucionalmente admisible, desde cualquier punto de vista razonable.

C) *La imposición presidencial de una supuesta Asamblea Nacional Constituyente y el balance sobre el papel de la Sala Constitucional en este periodo*

A esta fase corresponden las decisiones judiciales que avalaron la convocatoria, en 2017, de una Asamblea Nacional Constituyente por el Presidente de la República,¹⁵⁹ sin la celebración del referéndum exigido por la Constitución para que el pueblo, como titular y depositario del poder constituyente, se pronunciará sobre dicha convocatoria y sobre las bases de la elección, integración y funcionamiento de dicho órgano. De esta manera el régimen pretendía obstruir por completo la estrecha vía electoral que precariamente subsistía en el país y que podía asegurar a la oposición una rotunda victoria en las elecciones regionales que constitucionalmente debían ser convocadas en el 2016 y que habían sido diferidas para el 2017. A falta de respaldo popular y sin esperanzas de recuperarlo, el régimen optó por usurpar el poder constituyente del pueblo y romper el frágil hilo de reducida competitividad electoral que sobrevivía con dificultades en medio del avance del autoritarismo. También buscaba desplazar enteramente a la Asamblea Nacional y reemplazarla en el ejercicio de varias de sus funciones.

Nicolás Maduro impuso una espuria asamblea constituyente y estableció reglas para la selección de sus miembros que implicaban una manipulación a gran escala, porque vulneraban el principio constitucional de la representación proporcional y la universalidad e igualdad del sufragio, al prever la elecciones de constituyentes territoriales en circunscripciones de ámbito municipal de carácter fundamentalmente uninominales, en las que no podía aplicarse la proporcionalidad, con un número elevado de municipios situados en zonas rurales, y con un voto por sectores sociales de índole corporativista, que aseguraba a algunos un

¹⁵⁷ Ver, por ejemplo, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 156/2017 del 29 de marzo.

¹⁵⁸ Como han afirmado Levitsky y Ziblatt, Levitsky/Ziblatt (nota 1), 134 y ss.; sobre el concepto ver *M. Tushnet, Constitutional Hardball*, J. Marshall L. Review 37, 2004, 523 y ss.

¹⁵⁹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencias No. 378/2017 del 31 de mayo y No. 455/2017 del 12 de junio.

doble voto, violándose flagrantemente el principio de igualdad del voto.¹⁶⁰ Todo esto se hizo para asegurar una mayoría gubernamental en los escaños de dicha asamblea, aun cuando los candidatos del oficialismo solo recibieran, como era de prever, un escaso respaldo del electorado.

Estos desmanes fueron avalados por la Sala Constitucional. Las sentencias No. 378, del 31 de mayo de 2017 y 455, del 12 de junio de 2017, procuraron superar los obstáculos que la Constitución de 1999, su proceso de gestación y los principios democráticos representaban para la aventura pseudo-constituyente emprendida por Maduro en mayo de 2017. Ambas sentencias son completamente contradictorias y están cargadas de cinismos y desafueros. La primera se esfuerza en explicar por qué, a diferencia de lo ocurrido en 1999, no era necesario celebrar un referendo “consultivo” para convocar la ANC. Después de interpretar equivocadamente las deliberaciones ocurridas en la ANC en 1999, sostuvo, paradójicamente, que el poder constituyente está previsto en la Constitución de 1999, con carácter de originario, por lo que ya no hacía falta la consulta al pueblo sobre la iniciativa correspondiente. Este carácter originario se habría puesto de manifiesto en las escasas normas constitucionales sobre la materia: “porque si hubiera sido regulado constitucionalmente el proceso de formación del texto fundamental y la actuación del cuerpo constituyente, se habrían creado límites que desnaturalizarían su carácter de poder constituyente originario y, en principio, ilimitado”. Con lo cual no se entiende cómo lo que ni siquiera pudo hacer la Constitución puede hacerlo un poder constituido al decidir por el pueblo sobre el ejercicio de su poder constituyente. En énfasis de la sentencia en la sustitución de la democracia representativa de 1961 por la democracia participativa y protagónica de 1999 se vuelve contra su argumentación, pues es absurdo que, si en 1999 fue preciso celebrar un referendo para que el pueblo se pronunciara sobre la convocatoria de la ANC, en 2017 ya no fuera necesario, pese al proclamado protagonismo popular, solo porque la ANC ya está contemplada en la Constitución. De las propias afirmaciones de la sentencia se desprende claramente que esta alusión a la ANC no la despoja de su naturaleza de manifestación del poder constituyente y, por tanto, permanece, incluso con mayor fuerza, la idea de que solo el pueblo puede convocarla.

Es un error de la sentencia y de algunos análisis formulados al respecto sostener que la convocatoria de una ANC debía someterse a un referendo consultivo conforme al artículo 71 de la Constitución. El referendo implícitamente establecido en los artículos 347 y 348 de la Constitución es de índole “constituyente”, obligatorio y vinculante por definición, y en él no se *consulta* al pueblo sobre una materia de especial trascendencia nacional, sino que el pueblo *decide* si quiere o no activar su poder constituyente.

¹⁶⁰ *European Commission for Democracy through Law (Venice Commission)*, Venezuela. Preliminary opinion on the legal issues raised by decree No. 2878 of 23 May 2017 of the President of the Republic on calling elections to a National Constituent Assembly, Julio 21, 2017.

La sentencia efectúa una comparación disparatada entre la iniciativa de convocatoria de la ANC y la de las enmiendas o reformas a la Constitución, que le lleva a afirmar que en ninguno de estos casos se requiere un referendo previo: “Esta ausencia de previsión es, además, común a las otras modalidades de modificación constitucional, como lo son la Enmienda (Capítulo I) y la Reforma Constitucional (Capítulo II), ambas contenidas en el Título IX de la Carta Magna”. De esta forma la Sala Constitucional confunde el poder o competencia de revisión o reforma de la Constitución, que no suele estar supeditada a una previa y obligatoria expresión del pueblo mediante referendo, al estar primeramente en manos de los poderes constituidos, sin perjuicio del referendo final como forma de control popular, y el poder constituyente, que tan enfáticamente la sentencia califica de originario, que por ser manifestación directa de la soberanía popular naturalmente ha de estar condicionado a la decisión popular sobre su ejercicio, como lo exige la Constitución de 1999.

Correspondió a la sentencia 455/2017 convalidar la imposición de las bases comiciales por Nicolás Maduro y el contenido de las mismas. Invocó, entre otros argumentos, que “las normas que regulan la materia están contenidas en las Bases Comiciales que corresponde presentarlas al convocante”. Con lo cual extendió la usurpación presidencial de la soberanía popular al momento de la convocatoria a la fijación de tales bases. Adujo a estos efectos el paralelismo de las formas: “El convocante de la Constituyente tiene la libertad de proponer las “Bases Comiciales”, en atención a lo expuesto *supra* y al principio del paralelismo de las formas (en lo que respecta al proceso constituyente de 1999)”. Resulta insólito que se haga mención a la “libertad” del convocante en un asunto que por definición corresponde al pueblo y que pertenece a su libertad política. El silencio de la Constitución sobre las reglas de elección y funcionamiento de una ANC, que en una democracia participativa solo puede dar lugar a que se considere que el pueblo conserva la facultad de resolver al respecto, mediante referendo, fue interpretado por la Sala Constitucional como una suerte de autorización tácita para que un poder constituido se arrogara esa facultad, conclusión evidentemente errónea. La alusión al paralelismo de las formas y al proceso de 1999 es además cínica, pues ello debía ser asumido integralmente, es decir, reconociendo que tanto la convocatoria de la ANC como sus bases comiciales debían ser aprobadas por el pueblo.

Otro aspecto delicado del pronunciamiento judicial fue haber justificado la representación sectorial ante la ANC: “Lo que sí es imprescindible advertir es que en la democracia directa, que implica la organización de grupos humanos según su especialidad laboral, profesional, su condición social, la necesidad de su especificidad étnica o cultural o la especial protección que requiere una discapacidad física, motora o etaria; hace que el convocante pueda y/o deba resaltar tales circunstancias para que su participación y sus derechos no se “pierdan” en la masa”. Esta masa que la Sala permite soslayar es nada más y nada menos que el sufragio universal e igual, que no admite fragmentaciones del electorado o de la ciudadanía en atención a la vinculación con determinadas agrupaciones, pro-

fesiones, gremios o situaciones o lazos personales o culturales. A lo cual se suma la falta de igualdad de voto que implicó que algunas personas tuvieran doble posibilidad de voto -universal y sectorial- y otras no. La Sala dejó ya dibujada en esta sentencia una forma de “representación sectorial” que sería supuestamente expresión de la participación directa contemplada en la Constitución, que habría sido desarrollada principalmente en las leyes del poder popular. Esta decisión atenta gravemente contra el orden constitucional y democrático y abre surcos para un desmantelamiento aún más profundo de la institucionalidad democrática mediante la implantación de formas corporativas de representación.

La instalación de esta supuesta Asamblea Nacional Constituyente en 2017 implicó la entronización de la arbitrariedad, ya que fue concebida como portadora de poderes absoluta, y supuso el cierre de los estrechos corredores electorales subsistentes. La Sala Constitucional se vio en parte empañada en su papel autoritario desde que esa asamblea comenzó a funcionar y a asumir un gran protagonismo en esa dirección. Dicha asamblea y el Tribunal Supremo de Justicia han actuado orquestadamente para lograr el allanamiento de la inmunidad y enjuiciamiento¹⁶¹, por razones políticas, de numerosos parlamentarios de la oposición. Es clara la usurpación de las atribuciones de la Asamblea Nacional y la vulneración de las prerrogativas de los diputados que ello llevó consigo. La llamada Asamblea Nacional Constituyente llegó incluso a dictar leyes y supuestas leyes constitucionales, arrogándose ilegítimamente potestades legislativas de la Asamblea Nacional e incluso la facultad de cambiar o modificar la Constitución¹⁶², lo cual, según la Constitución venezolana, no es admisible sin la participación, previa o posterior, del pueblo por medio de un referéndum.

En síntesis, la Sala Constitucional ha quedado completamente desdibujada como órgano judicial, al haber operado como un ariete, un caballo de Troya de la dominación política. Es un peligroso perro guardián al servicio de los gobernantes,¹⁶³ ocasionalmente ensombrecido desde 2017, pero no suprimido, por las demostraciones entusiastas de poder omnímodo de la supuesta Asamblea Constituyente. Algunos autores se han preguntado, con razón, cómo esta Sala ha podido mantener una influencia tan significativa a pesar de la pérdida de autoridad asociada a su dependencia de los gobernantes.¹⁶⁴ Esto se abordará en la siguiente sección.

¹⁶¹ Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 55/2019 del 12 de agosto.

¹⁶² Por ejemplo, la Ley Constitucional contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 41.274 del 8 de noviembre, 2017.

¹⁶³ No un simple perro faldero, como se ha sugerido por Levitsky/Ziblatt (nota 1), 156.

¹⁶⁴ *D. Landau/R. Dixon* (nota 8), 1374.

V. EL PAPEL INSTITUCIONAL DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN UNA PERSPECTIVA COMPARATIVA

Habiendo abordado las corrientes principales de la jurisprudencia constitucional y sus repercusiones sobre la democracia, es pertinente introducir un enfoque comparativo. La Sala Constitucional ha sido un instrumento esencial del régimen en su avance hacia el autoritarismo, característica que podría compartir con otros tribunales constitucionales. Sin embargo, debe aclararse que esta Sala ha tenido cierta vida propia, en el sentido de que no ha sido un mero ejecutor de órdenes gubernamentales ni se ha limitado a validar las medidas oficiales rechazando las acciones interpuestas contra ellas, sino que ha sido un agente generador de formas intensas de subyugación, un artífice de reinterpretaciones constitucionales que han abierto rutas insospechadas para el despliegue del autoritarismo. Esta vida propia no se basa, obviamente, en la independencia judicial, sino en el tipo de dominación en la que se inserta el poder judicial.

Este poder judicial, especialmente su más alto tribunal, adquirió durante este período un significado antidemocrático hasta entonces desconocido en Venezuela, en virtud del cual el Tribunal Supremo de Justicia, sobre todo su Sala Constitucional, no es un órgano de control judicial, sino que se degradó progresivamente de manera tan grave que finalmente perdió su carácter jurisdiccional. La tradicional ausencia de interés, incluso entre los politólogos, en el estudio de los tribunales constitucionales en los regímenes autoritarios, que es el resultado de la extendida suposición de que carecen de influencia propia en la vida política,¹⁶⁵ se ve cuestionada por el protagonismo de la Sala Constitucional.

También es importante señalar que el desempeño de la Sala Constitucional y la función que ha cumplido en beneficio de las fuerzas gobernantes no se explica principalmente por la necesidad de evadir los procedimientos constitucionales de enmienda o reforma de la Constitución, debido a la ausencia de una mayoría parlamentaria suficiente para adoptar modificaciones constitucionales formales, como ha ocurrido en Polonia, o a la inconveniencia para los gobernantes, de seguir estos canales explícitos de cambio constitucional.¹⁶⁶

Doctrinalmente se ha construido la categoría del constitucionalismo abusivo para referirse a cambios formales o informales en la Constitución que afectan al núcleo de la democracia, y aquella ha sido aplicada a los procesos en los que los gobernantes utilizan los tribunales constitucionales para eludir los procedimientos previstos en la Constitución para su reforma o sustitución. Bajo estas premisas se ha abordado también el *judicial review* abusivo, que trata de validar esas alteraciones ilícitas de las Constituciones.¹⁶⁷ Sin embargo, en el análisis de

¹⁶⁵ T. Moustafa/T. Ginsburg (nota 7), 1.

¹⁶⁶ Ver G. Halmai, The Making of 'Illiberal Constitutionalism' with or without a New Constitution The Case of Hungary and Poland, en: D. Landau/H. Lerner (eds.), Comparative Constitution Making, 2019, 302 y ss.

¹⁶⁷ D. Landau (nota 33), 189 y ss. ; D. Landau/R. Dixon (note 8), 1313 y ss.

la actuación de los tribunales o salas constitucionales que contribuyen a mover el sistema político hacia el autoritarismo, es importante distinguir entre el cambio o modificación fraudulentos de la Constitución y la directa violación de esta. Lo primero es también una violación de la Constitución, pero es recomendable tratar por separado las acciones que contradicen directamente la Constitución, sin el objetivo de establecer un marco constitucional diferente, y las que persiguen alterarlo de manera perdurable.

En cuanto a la Sala Constitucional venezolana, en muchas áreas también ha sucedido que lo que no se pudo lograr con una reforma constitucional se ha obtenido por otras vías, con respaldo de esa Sala, como ha ocurrido cuando esta ha convalidado leyes o reformas legislativas sobre el poder popular o el Estado comunal. Pero, al apreciar su jurisprudencia de manera global, se puede observar que gran parte de sus fallos no han buscado incorporar normas o principios al plano constitucional, porque el gobierno careciera de la mayoría requerida para efectuar una modificación constitucional formal, o no quisiera acudir explícitamente a estos procedimientos. Por el contrario, las sentencias de la Sala a menudo han tratado de bloquear, desactivar o anular fundamentalmente las instituciones o mecanismos democráticos, que en abstracto se consideran plausibles, o también de tomar ocasionalmente medidas no constitucionales que los detentadores del poder estiman políticamente necesarias, pero sin pretender modificar el diseño constitucional. En general, es importante destacar que, en el caso de Venezuela, la Sala Constitucional ha llevado a cabo en los últimos años lo que podría llamarse la congelación o hibernación de instituciones constitucionales cruciales para la democracia, como la Asamblea Nacional, hasta que se verificaran los presupuestos políticos favorables para restablecer en parte su funcionamiento, previa supresión de las condiciones que permitieran elegir un parlamento realmente plural y representativo. Esto es ante todo una violación grave y flagrante de la Constitución y de la democracia. Acciones como la imposición de una Asamblea Nacional Constituyente, usurpando el poder constituyente del pueblo, pueden calificarse incluso como un intento de destrucción de este poder constituyente, ante que como una modificación constitucional soterrada.

Desde un punto de vista comparativo, el protagonismo autoritario de la Sala Constitucional tiene rasgos característicos específicos con respecto a otras salas o tribunales constitucionales de sistemas con tendencias antidemocráticas o antiliberales. En cuanto a la forma en que la jurisdicción constitucional es puesta al servicio de un régimen con tendencias autoritarias, la experiencia venezolana no ha sido ni la de un tribunal o sala constitucional preexistente que es debilitado y capturado por los nuevos gobernantes, como ocurrió en Polonia¹⁶⁸ o en Hungría¹⁶⁹, ni tampoco ha sido confrontado y luego capturado y también reforzado en

¹⁶⁸ *W. Sadurski*, Polish Constitutional Tribunal Under PiS : From an Activist Court to a Paralysed Tribunal, to a Government Enabler, Hague J Rule of Law 11, 2019, 63 y ss.

¹⁶⁹ *G. Halmai* (note 166), 302 y ss.

el ámbito de sus competencias, como en la Turquía de Erdogan.¹⁷⁰ La Sala Constitucional fue creada en un momento que fue, en términos generales, democrático, pero desde la primera designación de sus miembros y el despliegue inicial de sus funciones esta ha estado subordinada a la mayoría política emergente, como ya se ha dicho. De esta manera, se perfiló desde el principio como un instrumento del poder mayoritario. Una apropiación similar de los tribunales desde la misma fundación del nuevo orden constitucional ocurrió en Ecuador y en parte en Bolivia, donde los procesos constituyentes de 2007-2008 y 2006-2009, respectivamente, también apoyaron el surgimiento de liderazgos personalistas que llevaron al establecimiento de tribunales constitucionales subordinados a la mayoría política.¹⁷¹ Se ha señalado que las cuestiones de cálculo político y de legitimidad explican por qué tanto Hungría como Venezuela han seguido teniendo tribunales constitucionales en las Constituciones de 2011 y 1999, respectivamente, pero esto no se aplica del todo al caso venezolano, porque solo entonces se creó la Sala Constitucional, la cual implicó un reforzamiento de la jurisdicción constitucional desde el punto de vista competencial, comparándola con la de la Constitución de 1961. Los debates políticos o académicos del momento no consideraron la supresión de la jurisdicción constitucional sino su especialización y robustecimiento.

Desde la perspectiva del método utilizado para capturar políticamente los tribunales constitucionales, se ha hecho una distinción entre la renovación de sus miembros y la alteración de sus poderes, entre otras modalidades, y se ha afirmado que dicha renovación sería preferida en los sistemas presidenciales, mientras que los regímenes parlamentarios se inclinarían a actuar en diferentes dimensiones al mismo tiempo.¹⁷² Sin embargo, en lo que respecta a la Sala Constitucional venezolana, lo que explica que haya sido capturada desde su fundación, sin recurrir a la reducción de su jurisdicción, es principalmente la utilización de la Asamblea Nacional Constituyente como mecanismo de ocupación política rápida y simultánea de las instituciones nacientes, no propiamente el carácter presidencial del sistema. Esto no significa negar que el uso del poder constituyente de esa manera pueda ser más probable en escenarios de liderazgo personalista, que son más frecuentes en sistemas presidenciales.

Junto a las diferencias mencionadas, también existen analogías y pautas compartidas que pueden identificarse entre la creación y la actuación de la Sala

¹⁷⁰ *H. Shambayati*, Courts in Semi-Democratic/Authoritarian Regimes: The Judicialization of Turkish (and Iranian) Politics, en: Moustafa/T. Ginsburg (nota 7), 283 y ss.; *A. Arato*, (nota 1), 318 y ss.

¹⁷¹ *R. Ortiz Ortiz*, Los problemas estructurales de la Constitución Ecuatoriana de 2008 y el hiperpresidencialismo autoritario, en: Estudios Constitucionales 16, 2018, 527 y ss.; *J. A. Rivera S.*, Justicia constitucional y derechos fundamentales en Bolivia. Avances y retrocesos, en: V. Bazán/C. Nash Rojas (eds.), Justicia Constitucional y derechos fundamentales N° 4. Pluralismo jurídico, 2014, 105 y ss.; *A. Vargas Lima*, La reelección presidencial en la jurisprudencia del tribunal constitucional plurinacional de Bolivia. La ilegítima mutación de la constitución a través de una ley de aplicación normativa, Revista Boliviana de Derecho 19, 2015, 446 y ss.

¹⁷² *A. Arato* (nota 1), 319 y ss.

Constitucional venezolana y otros procesos de instrumentalización de los tribunales constitucionales en democracias no consolidadas o sistemas políticos híbridos. En relación con los casos antes apuntados, se puede observar el interés coincidente de los gobernantes potencialmente autoritarios por capturar rápidamente los tribunales constitucionales, especialmente cuando estos o los órganos equivalentes del poder judicial han llevado a cabo tareas de control de las mayorías en el pasado¹⁷³ o cuando por lo menos prevaleció la convicción de que debían cumplirlas, aunque lo hubieran hecho escasamente en la práctica. También hay coincidencia en cuanto a varios de los métodos aplicados para domesticar o neutralizar o para aprovechar activamente la colaboración de esos tribunales. Las remociones indebidas, como medios directos de despido, o la anulación de la designación, o las vías encubiertas de exclusión mediante cambios en la normativa sobre la edad de jubilación, la falta de ratificación, las vacaciones forzadas o la jubilación bajo amenaza de enjuiciamiento, son algunas de las medidas adoptadas contra jueces o magistrados para alinear a los tribunales constitucionales con las directrices del gobierno.¹⁷⁴ También han desempeñado un papel importante normas de carácter supuestamente transitorio dictadas poco antes de la aprobación de un cambio formal en la Constitución, como las dictadas en Venezuela y Hungría.¹⁷⁵ Además de estos métodos relativamente formalizados, existen prácticas de ablandamiento, compra, extorsión o persecución que responden al mismo fin.

Las convergencias en los aspectos procesales y sustantivos de la labor jurisdiccional van más allá de lo que se podría imaginar. Se observa como denominador común la manipulación de las competencias y procedimientos judiciales para conseguir la judicialización de ciertos conflictos políticos y para resolverlos según los intereses de los gobernantes, sobre lo cual Polonia y Venezuela ofrecen ejemplos notorios.¹⁷⁶ En estos y otros de los países mencionados, las líneas jurisprudenciales se caracterizan por la limitación del derecho de manifestación; la protección reforzada del honor de las autoridades o del buen nombre de las instituciones y las restricciones indirectas a la libertad de expresión; la reducción de los derechos de los parlamentarios; la validación de medidas que obstaculizan la participación de la oposición política o la autonomía y funcionamiento de las ONG y otras entidades de la sociedad civil, y el apoyo al desmantelamiento de la independencia judicial y de la autonomía de otros órganos de control.¹⁷⁷ En algunos casos, la intervención del tribunal o sala constitucional ha sido deci-

¹⁷³ *W. Sadurski*, How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding, Sydney Law School Research Paper No. 18/01, 2018, 17 y ss.

¹⁷⁴ *W. Sadurski* (nota 173), 17 y ss.; *A. Arato* (nota 1), 318 y ss.; *A. Di Gregorio* (nota 9), 209 y ss.

¹⁷⁵ *G. Halmai* (nota 166), 302 y ss.; *L. Sólyom*, Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary, en: *A. v. Bogdandy/P. Sonnevend* (eds.), Constitutional Crisis in the European Constitutional Area, 2015, 5 y ss.; *A. Brewer-Carías* (nota 15), 69 y ss.

¹⁷⁶ *W. Sadurski* (nota 173), 32 y ss.; Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 442/2004 del 23 de marzo.

¹⁷⁷ *W. Sadurski* (nota 173), 32 y ss.

siva para promover la declaración del estado de emergencia o amparar el uso incondicional de las facultades respectivas.¹⁷⁸ En resumen, en mayor o menor grado, todos estos procesos demuestran tendencias antiliberales que favorecen la dominación política. El “soberanismo constitucional”¹⁷⁹ ha sido otro rasgo de la jurisprudencia de algunas de estas jurisdicciones, que conduce a la contención de la aplicación del Derecho Internacional y de los respectivos controles.

También se puede reconocer la tendencia a contraponer la democracia y el constitucionalismo,¹⁸⁰ porque la voluntad política de las mayorías, que es identificada con la del líder populista en el poder, prevalece sobre la idea de la normatividad constitucional y los límites al ejercicio del gobierno que contiene. La legalidad se subvierte al sujetarla a las intenciones de los promotores de la hegemonía autoritaria. Más temprano que tarde, la expansión incondicional del poder mayoritario ocasiona el socavamiento de la propia democracia, hasta el punto de dejar la tierra abonada para la instauración de un régimen contramayoritario. Tal patrón está bien representado en el fallo del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia que rompió las bases fundacionales del orden constitucional y democrático. En efecto, este Tribunal estableció que el entonces Presidente, Evo Morales, tenía un derecho humano a la reelección, de carácter absoluto, con base en el cual podía ser reelegido en su cargo sin límites,¹⁸¹ aunque el pueblo había decidido que solo era posible una reelección inmediata, tanto en el ejercicio de su poder constituyente, en 2009, como en 2016, cuando rechazó mediante un referéndum la propuesta de modificar la Constitución en relación con ese mismo asunto.¹⁸² Un daño similar a los fundamentos democráticos, aún más grave, se produjo cuando la Sala Constitucional venezolana, como ya hemos señalado, permitió que el Presidente de la República convocara una Asamblea Nacional Constituyente en 2017, sin la celebración de un referéndum popular previo, en el que el pueblo pudiera resolver sobre esta convocatoria y las reglas básicas que se aplicarían.

Desde la perspectiva de las decisiones estratégicas de los detentadores del poder, relacionadas con el funcionamiento de los tribunales o salas constitucionales, se pueden identificar similitudes y diferencias. Por un lado, la creación de la Sala Constitucional venezolana con vastas facultades y su ampliación mediante sentencias no se corresponde con la experiencia de sistemas en los que ciertas mayorías, cuyo apoyo electoral decae, optan por fortalecer una alta instancia judicial ante la perspectiva de ser pronto desplazadas del cargo.¹⁸³ Esa Sala no fue

¹⁷⁸ *A. Di Gregorio* (nota 9), 209 y ss.

¹⁷⁹ *A. Di Gregorio* (nota 9), 209 y ss.

¹⁸⁰ *K. Scheppele* (nota 10), 557 y ss.

¹⁸¹ Corte Constitucional Plurinacional de Bolivia, sentencia No. 0084/2017 del 28 de noviembre.

¹⁸² Ver *BBC*, Bolivian voters reject fourth term for Morales, en <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-35647852>.

¹⁸³ *T. Ginsburg/M. Versteeg*, Why do countries adopt constitutional review?, Public Law and Legal Theory Research Paper Series 29, 2013, 2 y ss.

pensada como una póliza de seguro ante la perspectiva de ser barridos prontamente del gobierno, sino que se convirtió tempranamente en un instrumento para perpetuarse en el poder.

Con respecto a este punto, existen ciertas similitudes con los países andinos mencionados anteriormente y sus respectivos procesos constituyentes, y también con Polonia bajo el liderazgo de Jaroslaw Kaczyński y la dominación del partido Ley y Justicia (PiS), en la fase actual en la que el Tribunal Constitucional se ha convertido en un colaborador activo de los gobernantes. Sin embargo, en la situación venezolana, la operación de afianzamiento judicial de la hegemonía política ha sido más severa. La admisión del incremento de las competencias de esta Sala ha estado vinculada a la función que esta habría de cumplir para consolidar y hacer irreversible esa dominación.

Por otro lado, hay ejemplos de decisiones que se están tomando en la Sala Constitucional que serían incómodas o más costosas para los gobernantes si se tomaran en el ámbito político propiamente dicho,¹⁸⁴ lo que es común a diferentes regímenes, incluidos los que son parcialmente autoritarios.

VI. CLAVES DEL PROTAGONISMO DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN EL DESMANTELAMIENTO DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Tras el análisis de la jurisprudencia de la Sala Constitucional que ha influido en la demolición de las instituciones democráticas en Venezuela, se destacarán los principales factores explicativos y los rasgos dominantes del papel desempeñado por esa Sala para favorecer el autoritarismo. Estos ya han sido mencionados a lo largo de este estudio, pero ahora algunos de ellos serán tratados de forma más sistemática y se añadirán otros.

1. *La importancia del pasado democrático, la extrema polarización y los dilemas de las luchas democráticas en los regímenes híbridos*

El caso venezolano refuerza la conclusión a la que ha llegado la doctrina sobre la relación entre las tradiciones democráticas precedentes y la inclinación de los gobernantes potencialmente autoritarios a captar y utilizar los tribunales, en particular los tribunales constitucionales, como instrumentos fundamentales de socavamiento institucional.¹⁸⁵ La experiencia democrática venezolana desde el restablecimiento de la democracia en 1958 ha influido en la forma en que se ha desarrollado el proceso político desde 1999. Aunque la precaria independencia

¹⁸⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 3342/2002 del 19 de noviembre. Sobre esta estrategia de la mayoría gobernante de delegar las cuestiones controvertidas a los tribunales, ver *T. Moustafa/T. Ginsburg* (nota 7), 9-10.

¹⁸⁵ *D. Landau/Dixon* (nota 8), 1317 y ss.

del poder judicial ya había sido objeto de preocupación y crítica antes de 1999, la conciencia de los diferentes sectores políticos y sociales, al asumir el Estado de Derecho como paradigma, y la intensificación en los años noventa de los debates, propuestas y esfuerzos encaminados a lograr el funcionamiento autónomo del poder judicial, generaron una convicción robusta sobre la necesidad de someterse a este principio. No obstante, cabe acotar que la idea del Estado de Derecho como componente de la democracia solo había estado presente en algunas élites o sectores específicos. La democracia se había difundido entre la sociedad especialmente en su vertiente electoral, pero no en relación con sus demás componentes.¹⁸⁶

Con todo, el peso de la noción de Estado de Derecho o de varios de sus elementos fue suficiente para tener una significación cuando Chávez ascendió al poder. Desde la perspectiva de un sistema híbrido, como lo fue durante muchos años el gobierno de Hugo Chávez, las corrientes de pensamiento y las prácticas democráticas suelen entrelazarse con otras de carácter autoritario, sin que se defina de antemano el resultado de la tensión generada entre ellas. En ese contexto, los gobernantes también consideran importante gobernar dentro del marco de referencia de un Estado democrático de Derecho, aunque no estén dispuestos a sacrificar ciertas posibilidades de tomar acciones políticas que estimen indispensables para asegurar su dominación. De allí que no permitan una auténtica independencia judicial.

Los actores revolucionarios de 1999 requerían de la fuente de legitimidad que el poder judicial podía otorgar para validar los pasos fundamentales que estaban dando o pretendían dar en la esfera política y socioeconómica. Había que reconocer algún margen de decisión al poder judicial. Pero los factores autoritarios ya presentes, apoyados además por visiones formalistas o fetichistas preexistentes del Estado de Derecho,¹⁸⁷ jugaron sus cartas e impusieron desde el principio una pesada carga de subordinación sobre la nueva Sala Constitucional. Las actitudes acomodaticias de algunos magistrados que no estaban tan comprometidos con la plataforma ideológica del gobierno y la pronta y constante resolución de los que sí lo estaban, inclinaron rápidamente la balanza en la dirección descrita anteriormente.

Una de las manifestaciones del peso inercial del pasado democrático en la evolución que se ha producido desde 1999 se encuentra en la persistencia con la que diversos grupos y asociaciones se dirigieron a la Sala Constitucional para formular sus reivindicaciones contra las medidas gubernamentales que consideraban abusivas,¹⁸⁸ por razones prácticas como las mencionadas anteriormente, pero

¹⁸⁶ *J. Virtuoso* (nota 31), 73 y ss.

¹⁸⁷ *R. Pérez Perdomo*, *El Formalismo Jurídico y sus Funciones Sociales en el Siglo XIX Venezolano*, 1978; *R. Pérez Perdomo*, *Rule of Law and Lawyers in Latin America*, *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* 603, 2006, 179 y ss.

¹⁸⁸ Sobre esta tendencia, ver *R. Pérez Perdomo* (nota 187), 131 y ss.

también por la convicción de que era necesario evitar que la lucha que se estaba llevando a cabo superara por completo los límites y códigos de la justicia o de la juridicidad en los que todos nos habíamos formado. Donde la tradición heredada había echado raíces, surgió un verdadero compromiso con el Estado de Derecho, lo que llevó a preservar el ámbito judicial como un espacio de contención propio de las democráticas.¹⁸⁹ Por consiguiente, la proyección del pasado democrático también puede dar a un régimen potencialmente autoritario un margen de maniobra y oportunidades para desplegar gradualmente su agenda que no merecería por su propio desempeño.¹⁹⁰ La expectativa de preservación de ciertos mínimos democráticos y la adhesión hacia ellos por parte de la comunidad o de ciertos círculos sociales permite a los líderes tendencialmente autoritarios ganar tiempo en la aplicación de su programa.

En el caso venezolano, esto solo ocurrió parcialmente porque el gobierno fue desafiado temprana y abiertamente de diversas maneras.¹⁹¹ El empeño por mantener las controversias dentro del marco institucional guio muchas iniciativas opositoras durante los primeros años del gobierno de Hugo Chávez, pero también se promovieron acciones desestabilizadoras que siguieron la lógica de la polarización, impulsada desde el principio por Chávez. La protesta social desde 2001 y movimientos similares se habían originado en gran medida por el temor a la reducción de las libertades fundamentales y se vieron favorecidos por la ausencia de condiciones institucionales para canalizar los disensos. En el seno de la oposición y de los sectores sociales que combatían al gobierno había además opiniones divergentes sobre la naturaleza del régimen y el modo de combatirlo.

Estas diferencias estaban relacionadas con el dilema que la oposición democrática tiende a enfrentar frente a regímenes con características híbridas. Esa oposición, o una parte de ella, está luchando contra el gobierno, pero quiere a la vez mantenerlo dentro de los límites de la democracia. Las estrategias y medios de lucha para los que está preparada, y los principios que los sustentan, son los de un sistema en el que es posible encauzar los conflictos institucionalmente, de acuerdo con la ley. Ello es considerado preferible a dejar a los gobernantes potencialmente autoritarios a su aire, con el riesgo de que crucen una línea de no retorno en su antagonismo con el constitucionalismo democrático, ya que esta marca el umbral más allá del cual la contienda adquiere un carácter desconocido y altamente peligroso. Esto representa un dilema porque, por un lado, recurrir al tribunal o sala constitucional para impugnar actos oficiales puede legitimarla hasta cierto punto, pero, por otro lado, una lucha frontal contra dicho órgano, que persiga deslegitimarlo por completo tan pronto como haya dudas sobre su

¹⁸⁹ Sobre la arena judicial como un espacio para la impugnación democrática en regímenes autoritarios competitivos, ver *S. Levitsky/L. Way*, Elections without democracy: The rise of competitive authoritarianism, *Journal of Democracy* 13, 2002, 51 y ss.

¹⁹⁰ Sobre la historia de legitimidad e independencia de las cortes, ver *D. Landau/Dixon* (nota 8), 1349 y 1372 y ss.

¹⁹¹ *J. Corrales*, (nota 28), 67 y ss.

compromiso verdadero con la democracia, puede favorecer la polarización y, con ello, reforzar las tendencias autoritarias del régimen y las existentes en el órgano judicial.

Se ha argumentado que la oposición venezolana durante estos primeros años adoptó predominantemente una posición altamente desafiante en cuanto a sus objetivos y sus métodos de lucha, lo que alimentó la polarización y reforzó las orientaciones extremistas en el gobierno, debilitando además la legitimidad de las luchas de la oposición.¹⁹² Esa estrategia, percibida como fallida, ha sido comparada con la desplegada en Colombia contra el Presidente Álvaro Uribe y sus tendencias autoritarias y se ha sostenido que la determinación de la oposición colombiana de utilizar principalmente mecanismos institucionales y graduales de contención del gobierno ha sido, por el contrario, exitosa, como lo demostraría la sentencia de la Corte Constitucional que impidió una segunda reelección inmediata de Uribe.¹⁹³ La comparación no es del todo apropiada, ya que la situación institucional en Colombia cuando Uribe llegó al poder era diferente a la de Venezuela en el año 2000 y una de las diferencias más centrales reside precisamente en que nosotros no contábamos con instituciones independientes de control que pudieran haber enfrentado el avance autoritario. En particular, existían entonces muchas dudas sobre la labor que desarrollaría la Sala Constitucional, y sus decisiones no las despejaron, sino provocaron rápidamente el surgimiento de una seria desconfianza en su autonomía. Por el contrario, la Corte Constitucional colombiana no fue capturada y ya en 2005,¹⁹⁴ con ocasión de una reforma constitucional para permitir únicamente una reelección inmediata del Presidente, estableció criterios limitativos que se retomarían y ampliarían en 2010.¹⁹⁵ En todo caso, la estrategia de sacar a Chávez del poder lo antes posible, implementada por algunos sectores de la oposición, intensificó la radicalización política fomentada por el gobierno y pudo haber permitido al gobierno proseguir en la implementación de su proyecto ideológico con menos objeciones internas e internacionales.¹⁹⁶

En tales circunstancias, la Sala Constitucional podría haber desempeñado un papel importante para contribuir, al menos, a canalizar el conflicto político mediante sentencias que, sin conceder necesariamente a la oposición o a los grupos sociales disidentes todo lo que exigían conforme a la ley, reconocieran algunos aspectos de sus reivindicaciones. Dentro del estrecho margen para tomar decisiones autónomas que dejaba el contexto germinalmente autoritario, podría haber asumido cierta función de resolución de controversias, pero, como ya se indicó, esto generalmente no ocurrió. Por el contrario, la Sala Constitucional se

¹⁹² L. Gamboa, *Opposition at the Margins: Strategies against the Erosion of Democracy in Colombia and Venezuela*, *Comparative Politics* July 2017, 457 y ss.

¹⁹³ L. Gamboa (nota 192), 461 y ss.

¹⁹⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencia No. C-1040/05 del 19 de octubre de 2005.

¹⁹⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia No. C-141/10 del 26 de febrero de 2010.

¹⁹⁶ L. Gamboa (nota 192), 463 y ss.

erigió en actor principal del conflicto, al sentar las bases para no considerar a ciertas organizaciones sociales como representativas de la sociedad civil y excluirlas de cauces constitucionales de participación; al desconocer derechos humanos y debilitar los mecanismos de control y limitación del poder. Ni siquiera cuando la oposición retomó la senda electoral a partir de 2006 y adoptó una estrategia de avances parciales, tras haber sido derrotada en el manipulado referéndum de 2004 y haberse abstenido de concurrir a las elecciones parlamentarias de 2005, se produjo un cambio positivo en la actuación de la Sala. Tampoco hubo ninguno dentro del liderazgo del gobierno, por lo que el régimen continuó en su curso de polarización y su extremismo político, que le había dado recompensas electorales en un período inicial.¹⁹⁷ En el 2007 esa actitud ya no le aseguró el éxito electoral, pero la estructura instalada de dominación y la trayectoria de poder irrestricto (*path dependence*) empujó la acción oficial en la misma dirección.¹⁹⁸

Cualquier sala constitucional se habría visto perturbada en un escenario de polarización extrema como el de Venezuela desde el año 2000. El agravamiento de la confrontación política y la profunda división de un país en términos de lucha existencial tienen un previsible impacto negativo en el funcionamiento de un tribunal o sala constitucional. Se ha destacado justificadamente la importancia de considerar el contexto institucional al evaluar la actuación de los tribunales.¹⁹⁹ Cabría preguntarse si la Sala Constitucional pudo haber sido sobreexigida en algunos casos debido a la radicalización y la judicialización de los conflictos políticos. Sin embargo, aun de haber sido así, esta Sala no solo terminó atrapada en la radicalización, sino que hizo muy poco para mitigarla y en muchos aspectos la atizó. En 2003-2004 reveló ostensiblemente su partidismo político con motivo de la iniciativa del referéndum revocatorio presidencial, aunque desde el principio de su jurisprudencia había optado por la imposición de paradigmas que, en general, estaban fuera de la Constitución y favorecían el antagonismo.

2. *El aumento de los poderes de revisión judicial con el pretexto de asegurar la supremacía constitucional, pero con un enfoque antiliberal*

Desde el comienzo, un rasgo característico de la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha sido su inclinación a ampliar sus facultades, bien sea extendiendo el alcance de las que efectivamente se le atribuyen o creándolas enteramente. Esta tendencia al ensanchamiento o autoatribución de competencias intentó ser justificada mediante la invocación de la tarea de los tribunales constitucionales de garantizar la supremacía de la Constitución, que tuvo como antecedente y soporte conceptual la constitucionalización del ordenamiento jurídico y el fortalecimiento de la protección judicial de la Constitución. Si se hubiera tratado solo de

¹⁹⁷ J. Corrales (nota 28), 70 y ss.

¹⁹⁸ J. Corrales (nota 28), 84 y ss.

¹⁹⁹ R. Barros, Courts out of context: Authoritarian sources of judicial failure in Chile (1973-1990) and Argentina (1976-1983), in; T. Ginsburg/T. Moustafá (nota 7), 156 y ss.

esto último, las cosas hubieran podido coincidir en gran medida con el desarrollo de numerosos sistemas jurídicos durante los últimos decenios en regímenes no autoritarios. Algunos aspectos de la jurisprudencia de la Sala relativos a la adaptación a la Constitución de ciertos procedimientos judiciales preconstitucionales podían ser admisibles bajo estos postulados. Sin embargo, el sello distintivo de la actuación de la Sala en su fase inaugural estribó en que su reivindicación de una ilimitada facultad de salvaguardia judicial de la Constitución no estaba vinculada principalmente a la necesidad de preservar los derechos humanos o la división de poderes en un caso concreto, sino que corrientemente se agotaba, como se ha señalado anteriormente, en la esfera procesal. Este activismo procesal generalmente desprovisto de logros sustantivos allanó el camino para la jurisprudencia antiliberal que ya estaba surgiendo y que con el tiempo prevalecería. El aumento de los poderes de esta Sala sería crucial para asegurar el impacto de sus criterios antidemocráticos y antiliberales.

El conocimiento de esta experiencia puede ayudar a identificar otros procesos de degeneración del constitucionalismo democrático apuntalados por tribunales constitucionales. Si se observa que un tribunal o sala constitucional tiende a aumentar creativamente sus competencias sin que ello esté relacionado con la defensa de los principios de una democracia constitucional en el caso respectivo hay que encender las alarmas. La propensión de ese tribunal o sala a atribuirse laxamente poderes que normativamente no le han sido asignados, ni siquiera implícitamente, puede ya suscitar inquietud, pero hay que preocuparse más cuando lo hace sistemáticamente fuera de tales fundamentos. En consecuencia, es importante prestar atención a la forma en que entendemos la constitucionalización del ordenamiento jurídico y la protección judicial de la Constitución. Si nos quedamos cegados por el brillo de la fuerza normativa de la Constitución y nos concentramos en garantizar la supremacía de sus disposiciones, sin considerar los fundamentos sustanciales del orden constitucional, la constitucionalización puede utilizarse fácilmente para socavar la democracia.

Otro aspecto que merece destacarse es la moderación que generalmente muestra la Sala Constitucional en la protección de los derechos sociales frente a las acciones u omisiones de los poderes públicos, con pocas excepciones.²⁰⁰ Esto contrasta con las tendencias dominantes en América Latina y con el marco constitucional de 1999, y no pareciera corresponderse con las ideas defendidas por la mayoría gobernante. Pero esto es consistente con la posición de esta Sala de apoyar o al menos no obstaculizar el manejo de los programas sociales por parte del gobierno. Este asunto ha sido particularmente perjudicial para los ciudadanos, ya que tales programas están vinculados al clientelismo político y al refuerzo de la dominación ideológica, frente a lo cual la jurisdicción constitucional ha establecido criterios que limitan la intervención judicial en este ámbito.²⁰¹

²⁰⁰ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1632/2006 del 11 de agosto.

²⁰¹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1002/2004 del 26 de mayo.

3. *El efecto vinculante de la jurisprudencia de la Sala Constitucional como herramienta de control de los tribunales ordinarios, el debilitamiento de la deliberación pública y el desmantelamiento de la democracia*

La actuación judicial de la Sala Constitucional también se ha distinguido por la determinación con la que ha afirmado y ampliado desde el principio el efecto vinculante de su jurisprudencia. El artículo 335 de la Constitución estableció las bases para ello, pero la Sala demostró rápidamente su voluntad de leer este precepto generosamente. La Sala declaró que para garantizar la eficacia de la nueva Constitución debía asumir inmediatamente funciones de interpretación vinculante y con el fin de incrementar las oportunidades para fijar tales interpretaciones aumentó los instrumentos procesales a su disposición. La Sala razonó como si se hubiera producido, con el solo cambio constitucional, una alteración radical del sistema político, que demandaba esos extensos poderes,²⁰² a pesar de que la Constitución de 1999 contemplaba, al igual que la de 1961, un orden democrático. Entre esos textos constitucionales hay diferencias importantes, pero no son tan profundas como para brindar algún respaldo a esa justificación, aunque sí lo eran si se consideraba como marco de referencia el proyecto político emergente. De esta manera se consideró autorizada a dar, en abstracto o en casos concretos, interpretaciones vinculantes de la Constitución, incluso con efectos *erga omnes*.²⁰³

Es importante destacar que esta hegemonía interpretativa, tal como ha sido entendida y defendida por la Sala Constitucional, presupone subordinar a todos los jueces y tribunales del país a la lectura de la Constitución que determine dicha Sala, asegurada por medios procesales específicos. La fuerza vinculante de la interpretación se refiere no solo a lo que se puede deducir de una sentencia bajo la categoría del precedente, es decir, a la luz del caso concreto y de los puntos clave de la decisión judicial, sino también, según la jurisprudencia de la Sala, a lo que se ha declarado expresamente como imperativo en la sentencia correspondiente o a cualquiera de sus argumentos, que la Sala en una causa futura quiera rescatar y hacer valer.²⁰⁴ Su apertura a la participación de los jueces ordinarios en la adaptación o ajuste de los criterios correspondientes fue afirmada retóricamente en su día,²⁰⁵ pero nunca se cumplió. El papel de los jueces ordinarios en la interpretación de la Constitución, e incluso en el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, se redujo significativamente.²⁰⁶

²⁰² Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1251/2000 del 24 de octubre.

²⁰³ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1309/2001 del 19 de julio.

²⁰⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1013/2001, del 12 de junio; *J. Casal H.*, *Constitución y Justicia Constitucional*, 2014, 266 y ss.

²⁰⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1309/2001 del 19 de julio.

²⁰⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 833/2001 del 25 de mayo.

La mencionada hegemonía interpretativa también se ha vuelto contra la sociedad democrática. La aguda polarización existente, sumada a las convicciones heredadas en materia de Estado de Derecho, hace que las grandes diatribas políticas se formulen principalmente en términos constitucionales y se sometan a la consideración del Tribunal Supremo de Justicia y especialmente de su Sala Constitucional. Las amplias normas legales sobre el acceso a la jurisdicción constitucional en Venezuela y la voluntad de muchos actores sociales o políticos de obtener interpretaciones vinculantes de la Constitución fomentaron el protagonismo de esta Sala en el tratamiento de los temas políticos. Así pues, los debates que se producen en la esfera pública caían rápidamente dentro de su radio de influencia y la deliberación pública sobre temas de gran importancia política se veía perturbada por la intervención judicial. Inicialmente, dicha intervención podría conducir a la congelación de la deliberación aunque, por muchas razones, debería haber continuado en un nivel más abstracto o de principios. La Sala Constitucional ha tratado de enterrar, con la losa de la interpretación vinculante, las controversias sociales que se han desatado en torno al alcance de las libertades civiles y políticas y la distribución del poder establecida en la Constitución. A medida que la función autoritaria de esa Sala se fue agudizando y se erosionó completamente su frágil legitimidad, el debate social y político era menos propenso a cerrarse por su interferencia, y adquiriría un nuevo carácter, más rebelde y desafiante, que se reflejó en protestas y acciones cívicas similares que fueron respondidas con una represión más dura, que ahora contaba con el respaldo de la máxima intérprete de la Constitución. La cuestión resulta aún más grave si se tiene en cuenta que, en general, ya no hay oportunidad de que los posibles afectados por una sentencia, incluidos los sectores sociales interesados en participar en una controversia de consecuencias generales, participen en el proceso correspondiente, lo cual representa una violación adicional de la Constitución y de las normas aplicables o de los precedentes que la propia Sala fijó al principio de su jurisprudencia.²⁰⁷

4. *Las medidas abusivas para hacer cumplir sus decisiones y el envejecimiento de la argumentación constitucional y de las prácticas procesales*

Junto a los excesos de la Sala Constitucional en relación con el efecto vinculante de su jurisprudencia, podemos encontrar manifestaciones de autoritarismo judicial que se reflejan en los poderes que ha desplegado para asegurar la ejecución de sus sentencias. Es interesante observar, en primer lugar, que la actitud laxa que ha mostrado respecto de la normatividad procesal y, en última instancia, de los preceptos constitucionales, a los cuales no se considera estrictamente vinculada, no se correspondería con el formalismo y el rigor que ha aplicado a la hora de hacer cumplir sus criterios de interpretación de la Constitución o sus

²⁰⁷ Entre estos precedentes, ver Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1077/2000 del 22 de septiembre; y entre las decisiones que los ignoraron, ver Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 207/2014 del 31 de marzo.

decisiones. La garantía de la observancia y ejecución de sus sentencias ha adquirido una significación central en su jurisprudencia en la medida en que se ha acentuado su impronta autoritaria.²⁰⁸

Ante los intentos de la Asamblea Nacional elegida en diciembre de 2015 de ejercer sus competencias y las protestas ciudadanas de 2017, la obsesión de la Sala Constitucional por ejecutar lo que había ordenado llegó al paroxismo, en momentos en que ya la Sala estaba completamente desdibujada como órgano judicial. Estos afanes dieron lugar a decisiones arbitrarias que implicaban renunciar al principio de proporcionalidad y bloqueaban el funcionamiento del parlamento. Algunas entrañaban también graves violaciones de los derechos humanos por obstaculizar las protestas sociales, como se ha señalado anteriormente. Lo que importaba a esa Sala en algunas ocasiones no era si finalmente se habían respetado los derechos o principios examinados en la sentencia pendiente de ejecución, sino la explícita y total sujeción a la autoridad del Tribunal Supremo de Justicia. Se exigía una obediencia ciega e incondicional, como se adujo críticamente ante la Sala Constitucional en una de las causas en que aquella acudió a sus prácticas coercitivas.²⁰⁹ Es posible identificar por tanto como señal de la degeneración de los tribunales o salas constitucionales en los contextos esbozados que el declive de la autoridad judicial y el fortalecimiento del marco autoritario se traducen en una necesidad mayor de emplear la coacción para asegurar la ejecución de las sentencias.

En este y otros temas, el razonamiento judicial se hizo cada vez más autoritario, lo que se relaciona con uno de los aspectos que algunos autores han destacado como distintivos de un *judicial review* abusivo.²¹⁰ El autoritarismo argumental de la Sala Constitucional alcanzó su punto álgido tras la elección de la Asamblea Nacional en diciembre de 2015. Además de lo que ya se ha mencionado a este respecto, cabe subrayar la abierta distorsión por parte de la Sala de lo que ella misma había establecido años atrás en su jurisprudencia. Procedió a tergiversar los criterios fijados en casos previos de manera francamente arbitraria, con el propósito de encubrir que sus nuevas decisiones estaban en franca contradicción con su jurisprudencia. Sus sentencias ahora iban dirigidas a obstaculizar, no a facilitar como antes, la actividad del parlamento.²¹¹ Incluso ignoró algunas disposiciones de la Constitución, que simplemente eran omitidas en la decisión respectiva, si eran demasiado categóricas para ser reinterpretadas, como ocurrió en relación con la prórroga de los estados de excepción, una facultad reservada a la Asamblea Nacional por disposiciones constitucionales terminantes, que fueron

²⁰⁸ J. Casal H. (nota 145), 171 y ss.

²⁰⁹ J. Casal H. (nota 145), 189 y ss.

²¹⁰ D. Landau/R. Dixon (nota 8), 1331 y ss.

²¹¹ Ver, por ejemplo, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 9/2016 del 11 de marzo, en la que se desestimó el precedente sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, resuelto en la sentencia N° 34/2004 de 26 de enero.

absolutamente burladas.²¹² Esta manera sesgada de motivar está en consonancia con el modo abusivo de desarrollar los procedimientos judiciales, en los que se han infringido sistemáticamente las normas básicas del debido proceso, especialmente cuando se han anulado actos o disposiciones de la Asamblea Nacional sin haberle dado a esta, esto es, a sus representantes, la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa.²¹³

Un tribunal o sala constitucional que está al servicio de un régimen cada vez más autoritario pasa a traslucir esa característica a través de las formas de argumentación y de decisión y de las herramientas empleadas para hacer cumplir sus sentencias. Esta observación debe ser considerada para responder parcialmente a la cuestión de cómo explicar que una corte o sala constitucional conserve su influencia y utilidad para los gobernantes crecientemente autoritarios a pesar de haber perdido legitimidad debido a la disipación de la apariencia inicial de autonomía que podría haber ostentado para algunos sectores. La Sala Constitucional siguió siendo eficaz para los gobernantes, incluso después de haber perdido su fachada democrática, ya que, al aumentar su carácter autoritario, se apoyó en sus poderes coercitivos, es decir, en su capacidad de imponer por la fuerza sus decisiones, y no en la autoridad judicial que, en parte y como proyección del pasado, haya podido haber exhibido en un principio.

VII. EL PAPEL DE LA SALA CONSTITUCIONAL VENEZOLANA Y LA CUESTIÓN DE LA CONVENIENCIA DE UN TRIBUNAL O SALA CONSTITUCIONAL EN LAS DEMOCRACIAS NO CONSOLIDADAS

1. *El papel institucional de la Sala Constitucional*

Lo expuesto a lo largo del presente estudio confirma que la Sala Constitucional desempeñó un papel decisivo en la demolición del orden parcialmente democrático en el que fue creada y sigue cumpliendo un rol igualmente importante en el mantenimiento del actual régimen autoritario.

Desde sus orígenes, uno de los rasgos distintivos de este proceso ha sido el uso de conceptos fundamentales del constitucionalismo democrático, de la Constitución y de la legalidad para respaldar la hegemonía gubernamental. Las nociones de poder constituyente y soberanía popular, pero también las de supremacía constitucional, constitucionalización y garantía jurisdiccional se utilizaron para erosionar la democracia desde el interior del orden jurídico-político. Una vez que los principales órganos constitucionales cayeron en manos de los nuevos titulares y se puso freno a la idea del Estado de Derecho, que había sido alimentada en el período anterior, la revolución fue dejando de lado el significado sustantivo

²¹² Como cuando anuló el artículo 338 de la Constitución, que reserva a la Asamblea Nacional la extensión de los Estados de excepción. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 7/2016 del 11 de febrero.

²¹³ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 473/2016 del 14 de junio.

de esta y otras categorías y construyó su propia legalidad autoritaria. Esta es una situación conocida en varios sistemas políticos y la literatura ha formulado el concepto del *legalismo autocrático* para abarcar experiencias nacionales de socavamiento de la democracia constitucional, entre las cuales se encuentra la venezolana.²¹⁴ También se habla de *legalismo mayoritario*,²¹⁵ lo cual es apropiado a fin de explicar el caso venezolano hasta 2012-2013 o cuando mucho hasta diciembre de 2015, pues a partir de aquí quedó muy claro que dicho legalismo ya no se correspondía con la voluntad de las mayorías.

La misma forma en que fue convocada la Asamblea Nacional Constituyente en 1999 y la actuación que esta llevó a cabo, no solo al margen sino también en contra de la Constitución entonces vigente, y la autoproclamación y actuación de ese órgano como plenipotenciario, abrió una grieta en la legalidad a favor del poder político, lo cual tenía cierto sustento en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que había admitido la irrupción de un poder constituyente “soberano previo y total”,²¹⁶ como sería posteriormente ratificado por dicha Corte al revisar uno de los actos dictados por esa Asamblea.²¹⁷ En lugar de cerrarse esa grieta tan pronto como se promulgó la nueva Constitución, la jurisprudencia constitucional coadyuvó a que se ensanchara de modo irreversiblemente.

Los principales objetivos políticos del gobierno de Hugo Chávez fueron respaldados por la Sala Constitucional, generalmente de manera determinante. Así, la captura de instituciones constitucionales por las fuerzas progubernamentales recibió un rotundo apoyo jurisprudencial. El texto constitucional se subordinó a la plataforma ideológica subyacente, desentrañada por la Sala Constitucional; se sobredimensionó la soberanía nacional, en detrimento de la protección internacional de los derechos humanos; la seguridad nacional, a expensas de los grupos sociales autónomos de la sociedad civil; y se superpusieron los intereses supuestamente colectivos, que han prevalecido apriorísticamente sobre los derechos individuales. Se condicionó y restringió la libertad de expresión e información, y se aprobó la ampliación indebida de los poderes presidenciales para dictar decretos-leyes y normas reglamentarias que impacten sobre ciertos derechos.

Se protegió el modelo de Estado socialista comunal, al tiempo que se redujeron las competencias constitucionales de los Estados federados y se bloquearon los canales de participación política de los ciudadanos y de la sociedad libremente organizada. Los mecanismos de democracia directa previstos en la Constitución fueron dejados en manos del Consejo Nacional Electoral, cuya integración ha correspondido recurrentemente en la Sala Constitucional, usurpando la autoridad del parlamento. El Plan Nacional de Desarrollo ha terminado por adquirir

²¹⁴ K. Scheppele (nota 10), 545 y ss.

²¹⁵ K. Scheppele (nota 10), 571.

²¹⁶ Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia del 19 de enero de 1999.

²¹⁷ Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia del 14 de octubre de 1999.

importancia constitucional.²¹⁸ La abolición de los límites constitucionales a la reelección presidencial fue justificada por adelantado por la jurisprudencia constitucional y, cuando el destino no permitió que Hugo Chávez asumiera el cargo de Presidente por un tercer período, fue asegurada mediante sentencia la permanencia de Nicolás Maduro como Presidente encargado durante la campaña electoral de 2013. Desde 2016, la Sala Constitucional actuó como ariete para demoler la Asamblea Nacional, y en 2017 apoyó la imposición de una supuesta Asamblea Nacional Constituyente, sin que el pueblo hubiera activado su poder constituyente. La Sala Constitucional ha convalidado las inhabilitaciones políticas contra líderes de la oposición y, en general, las medidas de persecución política. Se ha avalado además la participación de la Fuerza Armada Nacional en actividades de proselitismo político. En estos y otros asuntos, su intervención interpretativa ha estado unida a las estrategias gubernamentales, como lo ilustra el uso excesivo e inconstitucional que se ha hecho de los decretos con fuerza de ley orgánica y de las leyes orgánicas, con el aval de la Sala Constitucional, para dificultar la modificación de normas vinculadas al corazón del proyecto político imperante.

Con ello, la Sala Constitucional ha violado los aspectos medulares de la democracia, ya que tanto los derechos y garantías vinculados a la participación política como las libertades civiles que protegen la autonomía individual han sido socavados por sus fallos, al igual que los fundamentos del Estado de Derecho. Ni siquiera los derechos sociales han sido amparados eficazmente contra el Estado. Se llega a la misma conclusión desde la perspectiva de la Carta Democrática Interamericana, ya que se han infringido los elementos esenciales de la democracia.

Todo esto ha favorecido la degeneración del sistema político hacia el autoritarismo. Del gobierno populista surgió el régimen populista,²¹⁹ ahora desprovisto del aura carismática directa que le confirió Chávez, pero sostenido por las estructuras heredadas y reforzadas del poder autoritario.²²⁰ En este recorrido, la propia Sala Constitucional se ha vuelto cada vez más autoritaria en sus procedimientos, argumentos y decisiones.

Este balance negativo sobre la actuación de la Sala Constitucional no debe perder de vista el contexto de su funcionamiento. La toma de la Sala Constitucional y del Tribunal Supremo de Justicia en 1999, y su consolidación en el año 2000 y en episodios posteriores, fueron parte de una captura política a gran escala de todas las instituciones de control, los organismos electorales, la administración pública y las fuerzas armadas. No todos estos cuerpos fueron ocupados de la misma manera, simultáneamente, pero el propósito de alinearlos políticamente fue visible y firme. Esto no reduce la responsabilidad de la Sala Constitucional en el desmantelamiento de la democracia, pero ayuda a apreciar el contexto en el que actuó. Esta última no solo se dejó llevar por la corriente política que respaldaba

²¹⁸ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 651/2014 del 11 de junio.

²¹⁹ *A. Arato* (nota 1), 325 y ss.

²²⁰ *J. Corrales/M. Penfold* (nota 12), 15 y ss.

las medidas oficiales, sino que también impulsó creativamente la transformación política hacia el actual esquema autoritario.

2. *¿Para qué un Tribunal o Sala Constitucional?*

En vista del desenlace de la decisión constituyente de introducir una Sala Constitucional en el seno del Tribunal Supremo de Justicia, que rápidamente se erigió funcionalmente en un tribunal constitucional con sólidas facultades, cabe preguntarse si fue un error haberla establecido y si tendría sentido mantenerla dentro del marco constitucional.

Bajo el antiguo esquema de una Corte Suprema de Justicia que tenía las competencias básicas o clásicas de revisión judicial de la constitucionalidad, ejercidas en la Sala Plena, la capacidad de la jurisdicción constitucional para socavar la democracia habría sido seguramente menor. Esta Corte no tenía un órgano judicial especializado en asuntos constitucionales y no tenía atribuciones para controlar la inconstitucionalidad por omisión o para revisar las sentencias de amparo u otros fallos constitucionales emitidos por los tribunales ordinarios. Tampoco sus interpretaciones de la Constitución tenían un efecto vinculante general.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que las principales ideas que impulsaron la creación de la Sala Constitucional apuntaban a una garantía más amplia de los derechos humanos y de la fuerza normativa de la Constitución. Su creación también representó la cristalización de una tendencia jurisprudencial que comenzó a principios del decenio de 1980, que ejemplificó el papel que podían cumplir los jueces en la protección de los derechos fundamentales contra injerencias públicas o privadas. La propia Corte Suprema de Justicia estaba apuntalando estos desarrollos y lo hizo invocando instrumentos internacionales de derechos humanos. Además, esa tendencia formaba parte de una tendencia creciente en América Latina que abogaba por la constitucionalización del sistema jurídico y se vinculaba con la proclamación y la salvaguardia internacional de los derechos humanos. Es evidente que, lo que en los círculos académicos, profesionales y otros afines se esperaba lograr con la introducción de un órgano especializado de jurisdicción constitucional, era algo completamente diferente a lo que finalmente ocurrió.

Desde una perspectiva comparativa o sobre la base de otras experiencias nacionales, se han expresado reservas acerca de la adopción de órganos o sistemas de revisión judicial fuertes, y en particular de tribunales constitucionales en determinados contextos.²²¹ Se afirma que los sistemas débiles de *judicial review* son aconsejables en las democracias nuevas o no consolidadas, ya que reducen al mínimo los conflictos entre el poder judicial y los actores políticos. También se sostiene que en contextos democráticos precarios la creación de un tribunal constitucional fuerte puede conducir a su captura por adversarios potencialmente autoritarios, por lo que aquel sería un arma cargada que podría tener efectos insti-

²²¹ A. Di Gregorio (nota 9), 213 y ss.

tucionales devastadores.²²² También se ha argumentado que la visibilidad que adquiere un tribunal constitucional en el ejercicio de sus facultades, especialmente bajo un modelo centralizado -de acuerdo con la reglamentación correspondiente o el funcionamiento efectivo de la jurisdicción constitucional-, lo expone a la comunidad política y lo convierte en el foco de ataques o intentos de socavarlo como órgano independiente.²²³

Estas observaciones son pertinentes, aunque no resuelven la cuestión de si conviene o no establecer un tribunal o sala constitucional. Un sistema de *judicial review* débil, a la manera de los existentes en varios países del Commonwealth, podría tener consecuencias negativas en algunas democracias nacientes o en otras que no están consolidadas, si por razones de cultura política, es decir, de contexto, los titulares de los poderes públicos entienden que la ausencia de una revisión judicial con posible fuerza invalidante deja totalmente en sus manos la toma de la decisión respectiva. Por otra parte, evitar una corte constitucional por temor a sus excesos también implica renunciar a los beneficios que dicho organismo puede tener para los derechos humanos, la democracia y el control del poder,²²⁴ como lo ilustra la experiencia de la Corte Constitucional colombiana.²²⁵ Su desempeño la ha convertido sin duda en un blanco de ataques, pero la confiabilidad que ha ganado a los ojos de la ciudadanía le da un anclaje difícil de desconocer, lo cual se corresponde con la función que debía cumplir esa Corte dentro del proyecto constitucional de 1991.²²⁶

Al analizar este asunto hay que considerar el contexto, no solo para diferenciar las democracias nuevas o no consolidadas de las supuestamente afianzadas, sino también para comprender que dentro de una u otra realidad o nación puede haber factores que hagan aconsejable o no establecer un sistema fuerte de control judicial o un tribunal constitucional. En esta materia también pueden influir el sistema de gobierno instaurado. Se ha dicho, por ejemplo, que el sistema presidencial ofrece un espacio para el desarrollo de tribunales constitucionales fuertes,²²⁷ ya que hay un presidente poderoso y una legislatura independiente, con la consiguiente necesidad de un juez imparcial que coordine las interacciones institucionales correspondientes. Pero es seguro que puede haber igualmente

²²² D. Landau/R. Dixon (nota 8), 1379 y ss.

²²³ W. Sadurski, *Transitional Constitutionalism: Simplistic and Fancy Theories*, en: A. Czarnota/M. Krygier/W. Sadurski (eds.), *Rethinking the Rule of Law after Communism*, 2005, 14 y ss.; W. Sadurski (nota 168), 82-83.

²²⁴ Sobre estas contribuciones de las cortes constitucionales en dichos contextos, ver S. Issacharoff, *Fragile democracies: Contested power in the era of constitutional courts*, 2015, 17 y ss.

²²⁵ N. Osuna et al., Capítulo 3: El Sistema de justicia constitucional en Colombia, en: A. v. Bogdandy/J. Casal/M. Morales Antoniazzi/M. Correa Henao (eds.), *La jurisdicción constitucional en América Latina: un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune* 1, 2019, 193 y ss.

²²⁶ M. J. Cepeda Espinosa, *The judicialization of politics in Colombia: the old and the new*, en: R. Sieder/L. Schjolden/A. Angell (nota 106), 67 y ss.

²²⁷ B. Ackerman, *The rise of world constitutionalism*, *Virginia Law Review* 83, 1997, 789.

razones para la adopción de estos tribunales en sistemas parlamentarios. Además, la justificación mencionada no sería aplicable a muchos sistemas presidenciales latinoamericanos que cuentan con esos tribunales.

En todo caso, la clave no está tanto en el nombre o la estructura organizativa o posición en el orden jurisdiccional del principal órgano encargado del control de constitucionalidad de las leyes, sino en las facultades que ostenta y, sobre todo, en la forma en que las ejerce. El excesivo activismo de un tribunal constitucional inaugurado en un momento de transición a la democracia, cuya base en las convicciones sociales y políticas de la mayoría sea frágil, más aún con constituciones pos-soberanas de legitimidad democrática fragmentada, puede determinar que sea vulnerable a los intentos de neutralización o de ocupación política y que su posible legado pueda ser destruido prematuramente.²²⁸ Una adecuada combinación entre la defensa de la autoridad de la corte y del valor de la ley y la prudencia en la resolución de conflictos de alto contenido político puede dar frutos a corto y medio plazo en el esfuerzo de democratización.²²⁹ Los estilos de adjudicación son importantes y el tribunal o la sala constitucional pueden adaptarlos o administrarlos para ganar autoridad.²³⁰

Las facultades de la corte o sala constitucional son igualmente importantes para evaluar la pertinencia de su adopción, no solo en cuanto a su magnitud, considerada genéricamente, sino también en cuanto a su proyección institucional. Un tribunal constitucional cuyas facultades se refieren exclusiva o principalmente al control de la constitucionalidad de las leyes, sobre todo de manera abstracta, tenderá probablemente bien a entrar en conflicto frecuente con el legislador, lo que le causará un desgaste constante difícil de compensar, bien a asumir un máximo autocontrol, en detrimento de su confiabilidad como instancia de control y garantía constitucional.²³¹ Mientras que un órgano que tenga también facultades para el conocimiento de los recursos constitucionales referidos a la presunta violación de derechos fundamentales o a reclamaciones similares en situaciones concretas podrá avanzar en la construcción de su doctrina judicial y en la defensa de la Constitución sin entrar siempre en aquel campo de confrontación. Además, los logros

²²⁸ *A. Arato*, Post-Sovereign Constitution-Making in Hungary: After Success, Partial Failure, Now What? *South African Journal on Human Rights* 26, 2013, 19 y ss.; *W. Sadurski* (nota 224), 14 y ss.

²²⁹ La experiencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán es bastante ilustrativa; ver *C. Boulanger* (nota 2), 73 y ss.; *C. Boulanger*, Vergleichende Verfassungsgerichtsforschung: Konjunkturen verfassungsgerichtlicher Autorität am Beispiel Bundesverfassungsgericht und ungarisches Verfassungsgericht, en: R. v. Ooyen/M. H. W. Möllers (eds.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2015, 918 y ss. Sobre las formas de construir la autoridad judicial en Alemania e Italia, ver *A. v. Bogdandy/D. Paris*, Building Judicial Authority: A Comparison Between the Italian Constitutional Court and the German Federal Constitutional Court, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2019-01*, 2019, 1 y ss.

²³⁰ Sobre la relevancia del estilo de adjudicación, ver *B. Ackerman* (nota 228), 794 y ss.

²³¹ *L. Sólyom* (nota 175), 8 y ss.; *C. Boulanger*, Vergleichende..., (nota 229), 921 y ss.

que pueda obtener en esta esfera de la protección individual de los derechos reforzarán su autoridad como órgano judicial y su imagen ante la comunidad, lo que le preparará para hacer frente a una disputa política más importante en el futuro. La solución de las controversias jurisdiccionales entre el poder central o federal y las entidades federativas o locales dotadas de autonomía constitucional es otra función que puede robustecer la funcionalidad de un tribunal constitucional.

Más allá de la discusión sobre estos y otros aspectos del diseño institucional, una lección comparada que merece ser destacada es que una corte o sala constitucional difícilmente podrá cumplir su misión institucional si se pretende que actúe sola en defensa del Estado de Derecho y la democracia. Si no hay factores importantes de contención institucional en el resto del sistema político y la jurisdicción constitucional es exigida en demasía como único actor de garantía del constitucionalismo existirán graves riesgos para su sano funcionamiento o supervivencia.²³² El diseño constitucional debe favorecer los controles y equilibrios verticales y horizontales, que permiten a un tribunal o sala constitucional desempeñar mejor sus cometidos jurisdiccionales.

Además, la regulación e interpretación de las facultades de un tribunal o sala constitucional no debe ser ajena a la idea de moderación o limitación del poder público. Sería un error reconocerle un poder jurisdiccional no restringido, en lugar de fijar un marco jurídico que asegure la limitación competencial y el equilibrio institucional. La corte o sala constitucional no debe tener un poder universal de protección constitucional, sino más bien las facultades que se consideran razonables y necesarios, materializadas en acciones y procesos específicos. Asimismo, debe evitarse la autoatribución de competencias. Esto no excluye la admisión bajo ciertas condiciones de poderes implícitos, pero sí descarta una cláusula general de competencia como la concebida por la Sala Constitucional venezolana. De lo contrario, el tribunal o sala constitucional entrará a menudo en conflictos innecesarios con el poder legislativo o los jueces ordinarios. En particular, debe evitarse que se extienda demasiado el alcance vinculante de sus interpretaciones de la Constitución y debe fomentarse la participación de los jueces ordinarios en la construcción constitucional.²³³

Si el tribunal o la sala constitucional, aún más en los esquemas mixtos o híbridos de justicia constitucional, no cuenta con el apoyo de un poder judicial que también se comprometa a salvaguardar los principios indicados, o si aquel desarrolla su actividad sin la contribución que los jueces ordinarios pueden prestarle en la interpretación y garantía de la Constitución, se incrementan los incentivos para la captura política de la cúpula jurisdiccional constitucional.²³⁴

Aquí podemos ver de nuevo la importancia del contexto, ya que en ciertas situaciones de transición política los tribunales constitucionales han sido llama-

²³² C. Boulanger; *Vergleichende...*, (nota 229), 921 y ss.

²³³ J. Casal H. (nota 34), 260 y ss.

²³⁴ W. Sadurski (nota 168), 82-83.

dos a promover una lectura diferente de la legalidad, guiada por la Constitución y por los valores democráticos recuperados, en contraposición a un poder judicial ordinario todavía dominado por las visiones de un orden político autoritario que ha sido defenestrado. Los escenarios de transición son un ejemplo de las circunstancias en que los tribunales constitucionales son guardianes o a veces cofundadores del naciente sistema constitucional.²³⁵ No siempre han tenido éxito en este empeño, especialmente en la estabilización de los logros de la democratización, pero en diversas realidades han contribuido significativamente a facilitar la transición a la democracia.²³⁶ No obstante, un tribunal constitucional no siempre cuenta con el suficiente apoyo político y social para cumplir esa función.

Venezuela no estaba experimentando una transición a la democracia en 1999, sino el comienzo de un ciclo de resultados entonces inciertos en un momento todavía democrático. En 1999 se retomaron las propuestas de reforma bloqueadas desde principios del decenio de 1990, incluida la creación de la Sala Constitucional. Pero las reformas llegaron tarde y de manos de quienes, al menos como tendencia dominante, estaban dispuestos a utilizarlas en una dirección distinta de aquella para la que habían sido concebidas.

Sin embargo, esa transición puede producirse en un futuro próximo, y la Sala Constitucional, renovada en su composición y concepciones de base, puede ser un actor clave en la reconstrucción de la democracia. Los términos en los que se establecerá esa transición probablemente conducirán a un escenario en el que la Sala deberá ejercer con frecuencia funciones de solución de controversias entre diversos factores políticos e ideológicos, con un papel de arbitraje o, a veces, de articulación y composición. Con intervenciones ocasionales y progresivas de carácter fundacional con el fin de iluminar el camino hacia el esquema de gobierno democrático reivindicado.

La independencia judicial es una condición necesaria para que la Sala Constitucional pueda desempeñar las tareas pertinentes en esas circunstancias. Al mismo tiempo, y como lo ilustran los estudios empíricos, la independencia formal u organizativa del poder judicial y de la Sala Constitucional no es suficiente,²³⁷ si se pretende que influyan en el funcionamiento de las instituciones políticas con asidero en los principios del Estado de Derecho y la democracia. Es esencial tener conciencia de la misión que debe cumplir una jurisdicción constitucional, lo que a menudo está vinculado a las expectativas sociales sobre el papel que debe desempeñar y la legitimidad que resulta de su satisfacción.²³⁸ La experiencia de más de veinte años desde 1999 indica que la preservación del pluralismo político,

²³⁵ C. Boulanger (nota 2), 47 y ss.; C. Boulanger, *Role Theory, Democratization and Comparative Constitutionalism: Constitutional Courts as “Guardians”, “Umpires” and “Founders”*, Law and Society Annual Meeting, 2015, 1 y ss.

²³⁶ S. Issacharoff (nota 225), 137 y ss.

²³⁷ T. Moustafa/T. Ginsburg (nota 7), 16-17.

²³⁸ C. Boulanger (nota 235), 1 y ss.

la garantía de la separación de poderes y otros elementos del Estado de Derecho, y la protección de los derechos humanos estarán en el centro de la agenda institucional de la jurisdicción constitucional en Venezuela, cuyo éxito dependerá en gran medida del fortalecimiento de la cultura democrática, que integra la celebración de elecciones periódicas con el marco legal y las prácticas políticas que propician la alternancia en el poder y el respeto de tales derechos.

15. EL POPULISMO, DESTRUCCIÓN O SUPERACIÓN DE LA DEMOCRACIA

Gabriel RUAN SANTOS*

INTRODUCCIÓN

El populismo ha sido calificado por los autores como fenómeno, como movimiento político, como ideología, como forma de gobierno, como estrategia para la conquista y conservación del poder, como visión de la sociedad desde una posición socio-económica o socio-cultural, como un discurso, como un estilo político, o como todas estas ideas a la vez, las cuales aparecen en los tiempos inseguros que vivimos, aunque no se trate realmente de ideas o hechos totalmente originales. Su aparición deriva de la confluencia de circunstancias emergentes en el panorama internacional actual, como son el relativismo de creencias y valores; el escepticismo; la inseguridad personal; la falta de fe y la pérdida de influencia de las religiones occidentales; la necesidad de esquivar la horrible imagen de los regímenes totalitarios del siglo XX; la explosión de pasiones; el agotamiento de credos y de sistemas políticos; el deterioro de la representación política; el descrédito de líderes, élites o clases establecidas; las crisis económicas, el auge del narcotráfico, la corrupción generalizada, el incremento de la pobreza y el miedo a la pérdida de condiciones de vida; los contrastes económico-sociales profundos, la marginalidad social, el impulso depredatorio y el oportunismo; las migraciones de poblaciones depauperadas en la búsqueda de calmar necesidades de subsistencia; y sobre todo, el descrédito o la destrucción de las instituciones y el relajamiento de la disciplina social.

Por todo ello, la literatura sobre el populismo se explyea en el estudio de múltiples causas y de numerosos efectos colectivos, llegando a ser tan diversa en sus temas y tan sincrética en sus contenidos como el populismo en sí y el pensamiento político calificable como populista. Así, las explicaciones van desde el

* Individuo de Número y Expresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Venezuela.

estudio de un fenómeno perverso, para otros ambivalente, pasando por un enfoque objetivo radical o “lógica social” hasta los más hondos análisis de la psique humana individual proyectada en sociedad, donde los numerosos factores observados varían en su importancia, según el modelo epistemológico asumido por el estudioso de la cuestión, en los cuales predominan alternativamente los hechos, la historia, las ideas, el contexto, las circunstancias, los elementos culturales, biológicos, étnicos, económicos, políticos, etcétera.¹

Todas esas explicaciones de hondo calado intelectual, propias de la literatura especializada, suelen ser simplificadas notoriamente por el lenguaje de la política y de los políticos, cristalizando en la construcción de la noción de “pueblo” como síntesis de todas las bondades y en su idealización, por un lado, y por el otro, en las dicotomías que encierran el conflicto social movilizador de los grupos humanos, entre las cuales destacan las que enfrentan al pueblo con las élites u oligarquías, pueblo contra no pueblo o anti-pueblo; amigos y enemigos del pueblo; ricos y pobres; privilegiados y excluidos; empleados y desempleados; capitalistas y trabajadores; la adoración al líder carismático y el odio a los líderes políticos tradicionales; individuo y colectividad; patriotas y traidores a la patria; terratenientes y campesinos; explotadores e indignados; nativos e inmigrantes; y otras figuras antagónicas que alimentan la confrontación en la sociedad.

El objeto de este trabajo es limitado y no abarcará la totalidad de los aspectos implicados en el estudio del populismo, sino que buscará aproximarse a aquellos conceptos y controversias de más amplia difusión y discusión sobre el tema, las causas a las que usualmente es asociado y que lo propician, con especial enfoque de la degradación de la democracia representativa y el falseamiento del Estado de Derecho, sus principales características y para finalizar, revisar el caso venezolano, que ya pasó por la transición populista y fue absorbido por el socialismo marxista leninista, de orientación castro-comunista, sin las máscaras que caracterizan al populismo.²

¹ En el marco del X Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas, el profesor Alberto Tolivar Alas sostuvo que el populismo es “un fenómeno multiforme de grandes magnitudes y grave riesgo para las sociedades democráticas y en especial, para sus instituciones...el populismo es una estrategia que no enfatiza en lo ideológico, se caracteriza por un discurso popular -confrontacional – contra las oligarquías, las instituciones, crea permanentemente enemigos, goza de capacidad de movilización y se dirige a un segmento policlasista, pese a que enfatiza su interés en segmentos de menores recursos económicos”. Dice este autor que el fenómeno tiene “numerosas concausas”... Hastío del modelo tradicional de partidos, escasa participación política, crisis económicas, corrupción, deseo de revertir el poder de las élites económicas y multinacionales, e incluso, nacionalismos excluyentes... perpetuación en el poder de un nuevo caudillaje, etcétera”. Tolivar Alas, Alberto; ponencia principal del tema *Defensa del Estado de Derecho contra el Populismo y la Corrupción*; X Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas, celebrado en Madrid entre el 22 y el 24 de noviembre de 2018.

² En el tratamiento de los diversos temas próximos al populismo, daremos preferencia no sólo a los trabajos especializados sino a la doctrina producida por los académicos iberoamericanos de las ciencias jurídicas, políticas y morales, con respecto a los cuales nos sentimos estrechamente vinculados.

DESLEGITIMACIÓN DE LA DEMOCRACIA

Una importante cantidad de autores de las ciencias que estudian la realidad actual de la economía, la política y la sociedad en los países del hemisferio occidental atribuyen el auge del populismo –principalmente- a la “deslegitimación de la democracia” como sistema político y del Estado de Derecho como su expresión formal más genuina. Se habla de una “crisis de representatividad” que aleja a los representantes del pueblo o “clase política” de la ciudadanía, surgiendo un peligroso abismo entre ellos. Dicen que se observa un creciente escepticismo sobre las ventajas de la democracia, crece el abstencionismo electoral y la desafiación política, para dar paso a la llamada anti-política y a las preferencias por soluciones rápidas, que tienden a desbordar los procedimientos democráticos.³

La profesora argentina Marita Carballo, quien ha presidido la Academia de Ciencias Morales y Políticas de su país, aludida en el párrafo anterior, sugiere que este fenómeno tiene múltiples explicaciones: económicas, políticas, culturales, cambios de valores, desconfianza en las instituciones, etcétera, cuya influencia difiere entre los países desarrollados y no desarrollados, entre Europa y América, y entre países individualmente considerados; la diversidad abarca desde las demandas de supervivencia hasta las de libertad y autonomía de las personas y grupos, pero siempre incidentes sobre la “seguridad existencial”. Afirma: “Altos niveles de inseguridad existencial conducen al autoritarismo, la xenofobia y el rechazo de nuevas normas culturales”.

Entre las explicaciones económicas destaca el aumento de la inseguridad económica como consecuencia de la globalización, que ha dejado rezagados a muchos sectores y ha acrecentado el desempleo y la pobreza, por no poder esos sectores alcanzar el nivel de competencia requerido para participar en mercados globales. La gente culpa de este malestar a los partidos tradicionales que no han dado respuesta a estas insatisfacciones y al imperialismo. El autor francés Thomas Piketty atribuye la declinación del sistema democrático a esa alarmante inequidad social. Posición con la cual coincide el famoso economista y Premio Nobel Joseph Stiglitz.⁴ Pero ciertamente, no es la única causa.

³ Carballo, Marita; *crisis social y deslegitimación democrática*; Actas del I Encuentro de Academias Morales y Políticas de Iberoamérica; Madrid, 16-18 de octubre de 2017, páginas 37 y siguientes.

⁴ Citados por Carballo, Marita; obra citada página 38. Esta autora cita también el informe de *Tendencias Globales* del Consejo Nacional de Inteligencia de los EE.UU, el cual sintetiza el futuro cercano así: “a) los países ricos están envejeciendo, los pobres no; b) la economía mundial está cambiando y el débil crecimiento persistirá en el corto plazo; c) la tecnología está acelerando el progreso, pero está causando conflictos y discontinuidades; d) ideas e identidades están impulsando una ola de conflictos de exclusión dentro y fuera de los estados; e) gobernar es y será más difícil; f) la naturaleza del conflicto está cambiando, a los estados les será cada vez más difícil dar prosperidad y seguridad a sus sociedades; g) los temas de cambio climático, medio ambiente y salud requerirán más atención”. Cfr. obra citada, página 40.

Para la profesora Carballo, a quien seguimos en este capítulo: “La creciente adhesión al populismo está directamente relacionada con la desigualdad económica, que refleja la división entre los ganadores y perdedores de los mercados globales. En este contexto, la vulnerabilidad económica conduce a la solidaridad dentro del grupo, conformidad con las normas del grupo y rechazo de los de afuera. Y cuando los grupos se ven amenazados tienden a buscar líderes fuertes y autoritarios que los protejan de quienes sienten que amenazan sus trabajos y beneficios”⁵ Dicha inseguridad económica conduce contemporáneamente a la desilusión de los partidos políticos y en definitiva de la democracia representativa, y al apego masivo a mensajes emocionales de confrontación, con señalamiento de culpables, entre los cuales caen inevitablemente las instituciones democráticas.

La desconfianza general generada por el malestar de las poblaciones es alimentada por los escándalos de corrupción –ciertos o falsos- de los políticos y sus círculos clientelares, al tiempo que se levantan mitos providenciales en favor de los bondadosos líderes carismáticos, que ofrecen acabar con la corrupción, y el influjo de creencias en soluciones autoritarias y mágicas. “La falta de transparencia de instituciones políticas es uno de los factores que incide en el nivel de confianza y en la satisfacción o no con la democracia”. Los índices de percepción de la corrupción de *Transparency International* permiten establecer “una clara correlación entre la corrupción y la desigualdad como un ciclo vicioso, en donde la corrupción conlleva a una distribución inequitativa del poder, y por consecuencia, esto se traduce en una distribución desequilibrada de la riqueza y la prosperidad”, afirma Carballo.⁶

Así también la resistencia a los cambios de valores que se están produciendo en el mundo occidental en cuanto a ética, sexualidad, familia, nuevas tecnologías de difícil asimilación, conductas económicas inescrupulosas y avasallantes, migraciones masivas e incontroladas, contribuyen paulatinamente a la deslegitimación de la democracia, por ser esta última incapaz de combatir esos cambios ante las mentes tradicionales.

La profesora Carballo también señala que “el populismo es una cultura, un modo de identificación”, y como veremos más adelante, añadimos nosotros que es un modo de ver la sociedad desde ciertos niveles socio-económicos y socio-culturales, una mentalidad, que genera un modo de hacer política y una praxis de grupo frente al resto de la sociedad, que aprecia más la igualdad que la libertad, que privilegia el reclamo más que el esfuerzo, y la imputación de culpas más que la iniciativa personal. Claro ejemplo de esto lo encontramos en el sentimiento antinorteamericano en Latinoamérica y en varios países europeos, donde se suele atribuir al imperialismo de los EE.UU la culpa de todos los males económicos, haya o no razón para ello.

⁵ Cfr: Carballo, Marita; obra citada, página 43.

⁶ Ibid, página 52.

Frente al tema del antiimperialismo conviene hacer una acotación incidental. En el año 1976, el finado intelectual venezolano Carlos Rangel aseveraba: “En el momento latinoamericano actual, nadie se arriesga a ser contradicho si afirma que es el imperialismo norteamericano quien ha obstaculizado las transformaciones necesarias, económicas y políticas, en los otros países del hemisferio; y esto para empobrecerlos, succionándoles la riqueza que ha servido al auge económico de los Estados Unidos y que sin esa transferencia hubiera asegurado esa felicidad y prosperidad, etc. Ellos son ricos, porque nosotros somos pobres, y viceversa. Sin el desarrollo norteamericano, no habría subdesarrollo latinoamericano. Sin el subdesarrollo latinoamericano, no habría desarrollo norteamericano, etcétera... Pero la misma unanimidad en el planteamiento antiimperialista lo hace sospechoso”.⁷ ¿Quién podría afirmar que estas aseveraciones no tienen actualidad?

Pareciera una carencia de espíritu productivo que pesa sobre nuestras mentes y nos desvía hacia la búsqueda del señalamiento de los defectos y vicios ajenos, sin someter a crítica los nuestros, frente a las frustraciones de América Latina. Rangel asevera al respecto: “En cuanto a nuestra reprobación por los aspectos negativos de la sociedad norteamericana, como la discriminación racial, el excesivo consumismo, el poder inquietante del complejo militar-industrial. ¿De dónde hemos aprendido sino de las críticas que los norteamericanos se hacen a sí mismos? ¿Y no es tristemente obvio que al repetirlas con aires justos, estamos evadiendo hacernos a nuestra vez las críticas que nosotros mismos merecemos”.⁸ Esta actitud antiimperialista, no obstante que algunos sucesos históricos pasados en el continente latinoamericano hayan dado razón puntual suficiente para justificarla, es adoptada en forma irreflexiva y generalizada, hasta tener un efecto paralizante en el desarrollo social de nuestros países, simplemente porque existirían disculpas para el fracaso económico y político basadas precisamente en el imperialismo.

En la línea de pensamiento seguida en este capítulo, la profesora española Adela Cortina anota lo que algunos autores han llamado la “*recesión democrática*”, que tiende precisamente a dar vida a movimientos políticos populistas, entre otras manifestaciones contrarias a la democracia, pero que se cuidan de mostrarse como antidemocráticas. Dicha recesión se concreta en tres fenómenos fundamentalmente: “1) Se congela el número de nuevas democracias. 2) Disminuye la calidad de las democracias en algunos países emergentes como democráticos, dando paso a nuevas formas de autoritarismo (Rusia, Turquía, México, etcétera). 3: Disminuye la calidad democrática incluso en los países tradicionalmente democráticos. No obstante -y esto es lo más curioso- sigue existiendo un amplio *consenso verbal* sobre la superioridad de la democracia, con respecto a otras alternativas, nadie plantea abiertamente, la autocracia y el totalitarismo como

⁷ Cfr: Rangel, Carlos; *del buen salvaje al buen revolucionario. mitos y realidades de América Latina*; Critería, Monteávila Editores, Caracas 2005, página 69.

⁸ Ibid, página 70.

alternativas deseables. Como se ha dicho con acierto, a los dictadores les gusta parecer demócratas”.⁹ Ya volveremos sobre este enmascaramiento del autoritarismo, en el capítulo siguiente de este trabajo.

Con un enfoque predominantemente europeo, el académico español Santiago Magariños Blanco ubica el origen de los problemas de la democracia en su interior, porque el populismo y la corrupción se generan “*desde dentro*”, como un mal que corroe sus entrañas. Dice Magariños: “En esencia, la democracia es un método, un sistema de limitación y control del poder, tanto en su origen como en su ejercicio”. Pero, no obstante que este sistema es connatural a la soberanía popular, existen límites o insuficiencias funcionales y estructurales que disminuyen su eficacia y contribuyen a su degeneración. En primer lugar, el Estado requiere para su funcionamiento y logro de sus fines de un entramado institucional neutro, integrado con miembros cualificados técnicamente y seleccionados sin inmisiones partidarias, requeridos de una moralidad que el sistema político por sí solo no proporciona. En segundo lugar, continúa Magariños, los límites provienen de la misma estructura: El pueblo es muy heterogéneo en situaciones, opiniones, preferencias e ideologías, lo cual da lugar al pluralismo y a la discrepancia como realidad social y derecho a disentir, y no como valor o fortaleza, el valor es la convergencia democrática. La democracia directa es prácticamente imposible o muy difícil, habiéndose consolidado la delegación de la soberanía en un grupo de personas y su ejercicio a través de la democracia representativa, como sistema para hacer realidad la voluntad popular; se hacen indispensables entonces los partidos políticos como entes intermedios entre el pueblo y los representantes y un alto nivel de racionalidad y transparencia, surgiendo así con frecuencia la inevitable *fragilidad de la democracia*.

En efecto, según Magariños, los partidos se convierten muchas veces en organizaciones para la toma y conservación del poder, rara vez son la expresión del pueblo, derivando en burocracias impenetrables e instrumentos de cooptación de funcionarios y clientelismo; las ideologías de los partidos, útiles para la movilización de su militancia, son fuente de simplificación y distorsión de los objetivos del Estado; los partidos como medios de acción tienden a desnaturalizar la delegación, a pesar de ser indispensables para el funcionamiento de la democracia; posponen los intereses de los ciudadanos; los representantes son elegidos por fidelidad y subordinación partidarias y no por sus cualidades y aptitudes; sus ideas y planes se hacen incongruentes con su actuación. Además del deterioro de los partidos, se cae en una inmisión, utilización y colonización de las instituciones, con lo cual crece la corrupción de los funcionarios por el relajamiento del control institucional. En esta insatisfacción e ineficacia del sistema democrático surgen los líderes populistas, que pretenden canalizar el descontento con mensajes de

⁹ Cortina, Adela; *ciudadanía democrática, sentimiento y razón*; en Actas del I Encuentro de Academias Morales y Políticas de Iberoamérica, 16-18 de octubre de 2017, Madrid, página 334.

seducción popular, que se alejan de la democracia. Se ofrecen como alternativas resueltas al estancamiento, con promesas de honestidad y lealtad al pueblo. Surgen los nuevos partidos políticos mesiánicos, que aprovechan el descrédito de los políticos y partidos tradicionales, para desplazarlos e imponer su hegemonía.¹⁰

Magariños resalta la complejidad y fragilidad de las democracias, porque su normal funcionamiento depende de la corrección de los delicados mecanismos de representación y de participación popular y su correspondencia con una adecuada conducta de los ciudadanos, quienes deben ser conscientes y practicantes de los valores democráticos. “Basta la inoperancia de los mecanismos de control o su manipulación inapropiada, o el simple abandono de la participación, para que se pueda producir una desviación hacia Estados realmente despóticos, autoritarios, aunque se mantenga formalmente, pero fosilizado, el esquema democrático”.¹¹

El jurista catalán Francesc de Carreras, confirma lo que se ha dicho, pues señala que existen “*ciertas degeneraciones que, de forma paulatina, desde el interior de los Estados democráticos, e invocando a la misma democracia, transforman a estos Estados en la negación de aquello que dicen defender*”. Sostiene el académico Carreras, que hoy en día la democracia enfrenta principalmente tres desafíos -que germinan en su seno- los cuales son: la *partitocracia*, el *populismo* y el *nacionalismo*, siendo este último una especie del populismo. La partitocracia configura una especie contemporánea de aristocracia, que conduce a un predominio excluyente de élites políticas, técnicas y administrativas, y atenta contra la división e independencia de poderes y da lugar a la *colonización* del Estado; el populismo, que es un vástago degenerativo de la partitocracia, es una estrategia para alcanzar el poder político, que niega la democracia representativa y el pluralismo político, apoyado en la demagogia, en las emociones y en su concepción de la unidad del pueblo; el nacionalismo, basado en una concepción identitaria y no jurídica del concepto de nación, termina por negar el pluralismo y excluir a todos aquellos ciudadanos que no encuadren en la causa que provoca la identidad nacional, sea la lengua, la religión, la raza, la tradición, las costumbres, el pasado histórico, etcétera. A lo anterior, Carreras añade que estos desafíos echan mano de “formas sutiles de subvertir las democracias por vía laterales, aceptando sus principios, pero llevándolas a extremos que las vayan erosionando hasta lograr una transformación radical de su naturaleza, que las conviertan en sistemas donde los valores de libertad, igualdad y legitimidad debido al consentimiento de los gobernados, desaparezcan”.¹²

¹⁰ Magariños Blanco, Santiago; *humanización de las relaciones de poder. Estado y justicia*; comunicación presentada al X Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas, Madrid, 22-24 de noviembre de 2018, consultado en original.

¹¹ Ibid, última página.

¹² De Carreras, Francesc; *la legitimidad democrática frente a los nuevos desafíos*; en Actas del I Encuentro de Academias Morales y Políticas de Iberoamérica, Madrid, 16-18 de octubre de 2017, páginas 121 y siguientes.

Las consideraciones precedentes sobre la deslegitimación de la democracia han llevado a la profesora Carballo a la conclusión de que “el desencanto con las democracias en occidente y el crecimiento de los populismos derivan de causas económicas y culturales...pero el peso de unas y otras en cada región y según países es diferente, pero ambas están presentes. Así en Latinoamérica es mayor el peso de lo económico y la corrupción mientras que en Europa y Estados Unidos el peso de lo cultural es quizás más significativo”.¹³ En realidad, pensamos que se da una cierta concurrencia de causas diversas que conducen a las democracias representativas al populismo, razón por la cual este proceso, que se juzga como degenerativo, implica que tengamos un concepto lo más preciso posible de lo que es el populismo, porque algunas manifestaciones colectivas intensas -pero a fin de cuentas naturales dentro de las democracias- tienden a ser confundidas con el populismo. Esto último será el cometido de los capítulos siguientes.

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE POPULISMO

1) *La visión más general del concepto*

De inicio, es conveniente advertir que casi nadie se autoproclama como populista y que el término en cuestión suele ser utilizado como un calificativo negativo o insultante en el debate político de nuestro tiempo, hasta el extremo que el sociólogo italiano Marco D'Eramo afirma: “Se parte de que hoy el populismo *no es jamás una autodefinición*: populista no es algo que te proclamas a ti mismo, sino un epíteto que te endosan tus enemigos políticos. ... en su acepción más brutal, populista es simplemente un *insulto*, mientras que en la más educada es una denigración”. Explica D'Eramo que eso se debe a que el *este soviético* se apropió hace mucho tiempo de los términos pueblo y popular, mientras que el *oeste del mundo* se identificó con el vocablo *libertad*. Sin embargo, decimos nosotros, que el populismo existe objetivamente –no es una entelequia- y tiene una potencia de movilización notoria, que quien la ignora se expone a un severo perjuicio.¹⁴

El término populismo “es normalmente usado como un sinónimo de *antiestablecimiento*”¹⁵ expresa el autor liberal Jan-Werner Müller, porque atenta contra las bases de la democracia representativa en el mundo occidental. Según dicho autor, el término es primariamente asociado con estados de ánimo y emociones de rabia, frustración, resentimientos, en líderes políticos y multitudes de seguidores en Estados Unidos y en Europa, así como también en América Latina,

¹³ Carballo, obra citada, página 53.

¹⁴ Citado por Abraldes, Daniel; *el síntoma populista. De la teorización imposible a la pragmática antidemocrática y más allá: una disquisición sobre el problema del sujeto en la práctica política populista*; en Populismo v.s. Republicanismo. Genealogía, Historia, Crítica. Obra colectiva coordinada y editada por José Luis Villacañas Berlanga y César Luis Sanjuán, Biblioteca Nueva, Madrid, 2018, página 345 y siguientes.

¹⁵ Jan-Werner Müller, *¿Wath is Populism?* University of Pennsylvania Press; Philadelphia, 2016, página 1.

señalándose los ejemplos de líderes y movimientos como Donald Trump, Bernie Sanders, Marine Le Pen, Gert Wilders, Siriza, Podemos, así como la “ola rosa” en América Latina, con Rafael Correa, Evo Morales y sobre todo con el fallecido Hugo Chávez Frías. Sin embargo, surge la duda acerca de si todos esos casos son verdaderos ejemplos de populismo o si hay entre ellos algunos que son solamente representativos de fuertes reacciones electorales dentro del cuadro de la democracia representativa.

La diversidad ideológica que se observa en los casos mencionados, entre los cuales son incluidos sin mayor análisis movimientos políticos de derechas y de izquierdas, hace necesario indagar con seriedad cuáles son las notas que definen al populismo, si acaso esto es posible, con la finalidad de dar algo de precisión al término y disminuir la *vaguedad* con la que frecuentemente se le asocia y se le aprecia, el cual suele confundirse con las prácticas demagógicas de la política y con llamados emotivos de los políticos al pueblo, cuyo pensamiento y sentimientos buscan cautivar, dentro de ciertos márgenes institucionales.

Los populistas siempre encarnan fuertes críticas a las clases dominantes, élites gobernantes u oligarquías, pero esto no es razón suficiente para identificarlos, porque dichas críticas podrían ser justificadas en el contexto de una democracia representativa que preserve los límites de la convivencia. Es connatural de la democracia la crítica de los gobernantes, sobre todo cuando tienden a permanecer mucho tiempo en el poder, y de las instituciones mismas cuando se estancan, dentro de ciertos límites de moderación.

Lo característico de las críticas populistas a las élites gobernantes y al “establecimiento social” es la dicotomía antagonica e irreconciliable que plantean entre el pueblo y las élites, hasta el punto de dividir en términos absolutos la sociedad en pueblo y anti-pueblo, bajo la dualidad de *amigos* y *enemigos* propia del lenguaje de Carl Schmitt, con la finalidad de ahondar los conflictos sociales y mantenerlos como motores del cambio político, con lo cual parecen seguir la conocida estrategia confrontacional del marxismo-leninismo, basada en las contradicciones del sistema capitalista.

El proceso de crítica y oposición a las élites gobernantes lleva a los populistas a la construcción de una noción propia de pueblo, lo cual realizan en forma retórica y abstracta, pues más que un concepto tomado de la realidad social, crean una identidad política con el lenguaje y fijan nominalmente la noción, para incluir convencionalmente dentro de ella a los grupos sociales que mantienen demandas diferentes e insatisfechas contra la sociedad, pero coinciden vagamente en su actitud de oposición drástica, aunque se trate de conjuntos heterogéneos de la población o pertenecientes a distintas clases sociales. Esta noción es idealizada y asociada con valores morales óptimos, mientras que todos los grupos que no son pueblo son excluidos y considerados corruptos, antipatriotas, explotadores, racistas, etcétera. Esta noción de pueblo se confunde con la multitud no diferenciada que sigue al líder o al movimiento y postula una idea de democracia tumultuaria y de turba, en la cual el orden viene impuesto por el líder.

En el año 1960, el líder democrático venezolano Rómulo Betancourt, expresaba con nitidez su noción estructural de pueblo, que al contrastarla con la construida por el populismo, por vía de diferencia nos da una idea clara también de esta última. Decía Betancourt: “El pueblo en abstracto es una entelequia que usan y utilizan los demagogos de vocación para justificar su desempeño desarticulador del orden social. El pueblo en abstracto no existe. En las sociedades modernas organizadas, que ya superaron desde hace muchos siglos su estructura tribal, el pueblo son los partidos políticos, los sindicatos, los sectores económicos organizados, los gremios profesionales y universitarios”.¹⁶ El politólogo e historiador Luis Salamanca, por su parte, precisa la idea de pueblo en la democracia representativa: “Los regímenes democrático-constitucionales responden a la noción de pueblo expresada en el concepto de ciudadanía; no postulan una clase o un grupo social preferente, exclusivo y excluyente. Aunque puedan existir inclinaciones por sectores poderosos, necesarios para el desarrollo económico, la democracia no hace distinciones sociales a priori en el pueblo, sino que apela a la noción de gobierno mixto propuesto por Platón y Aristóteles”. Esta noción también contribuye por contraste a delimitar el concepto populista de pueblo.¹⁷ En efecto, este último concepto suele identificarse con sectores parciales de la sociedad que sostienen demandas y reclamos contra ella y que tienden a unificarse por la oposición común de todas ellas a las élites que dirigen la sociedad en cuestión.

El politólogo venezolano Diego Bautista Urbaneja, a partir de la experiencia de Hugo Chávez Frías en Venezuela, aporta una conceptualización original del pueblo, como producto de la propuesta de un “agente constituyente” –creador, conformador– de la nueva identidad popular, pues no existe una substancia fija de la noción de pueblo, sino que la población asume, acepta o se somete a la noción que le propone el “agente constituyente”. Dicha noción se construye sobre una selección sesgada que hace el “agente constituyente” de los hechos de la memoria colectiva o individual, de relatos históricos, de experiencias pasadas o recientes, de mitos, de aspiraciones frustradas o a medio realizar, de sentimientos y resentimientos, y luego le propone a la población y ésta lo acepta o se lo deja imponer si encaja en ella, de modo que será pueblo quien siga la noción del agente y se incluya en ella.¹⁸

Agotada la democracia de partidos, en la cual el pueblo estaba integrado en los partidos políticos y sentía la necesidad de militar en ellos, inicialmente con el partido Acción Democrática (“partido del pueblo”) y luego con la variedad de

¹⁶ Citado por Rey, Juan Carlos; en www.academia.edu/15453850/ *Los Tres Modelos Venezolanos de Democracia en el Siglo XX*.

¹⁷ Salamanca, Luis; *las bases sociopolíticas del chavismo: auge y caída*; en Desarmando el Modelo. Las transformaciones del Sistema Político Venezolano; obra colectiva coordinada por Diego Bautista Urbaneja; Caracas 2017, página 53.

¹⁸ Ver: Urbaneja, Diego Bautista; *Ensayo para el Noveno Diplomado de Historia Contemporánea de Venezuela*; Fundación Rómulo Betancourt, Caracas, 2020. Consultado en original.

partidos creados en la década de los sesenta del siglo XX, la población se aleja de ellos y de las organizaciones subsistentes de la sociedad civil y queda “disponible para nuevas lealtades”(Rey), se plantea la “refundación de la Patria” y la “refundación de la República” frente a la democracia de partidos, y es el momento en que Chávez monopoliza la identidad política del pueblo con un discurso emocional que conecta con la mayoría de la población, hasta el extremo de que se impone el lema “Chávez es el pueblo”. Según Urbaneja, Chávez le da existencia a una noción “cerrada” de pueblo, donde incluye a los marginados de la democracia representativa que le siguen y les otorga todos los derechos de la ciudadanía social y excluye aproximadamente al 40% de la población que no acepta su mensaje de refundación de la Patria y de la República.

Consecuentemente, el populismo adopta un propósito hegemónico y rechaza el pluralismo, porque reclama para sí la representación exclusiva y moral del pueblo, desconociendo la legitimidad de sus oponentes, excluyéndoles absolutamente de la pertenencia al pueblo y desconociendo progresivamente todos sus derechos. Al mismo tiempo, Instaura la intolerancia frente al adversario y se apropia de la identidad popular, conduciendo al antagonismo permanente y a la rígida polarización de la población, implantándose así la vieja y vil distinción entre “amigos y enemigos del pueblo”, ya mencionada.

En paralelo con lo anterior, el populismo desarrolla efectivamente una hegemonía popular y autoritaria, con fundamento en la idea homogénea y creada de pueblo, antes señalada, la cual niega implícita o explícitamente que todos los integrantes de la población formen parte del pueblo, y lo lleva, luego de alcanzar el poder del Estado y posteriormente de la sociedad, a justificar todos los actos de gobierno y a negar el derecho de crítica y protesta de los opositores, porque los populistas se consideran titulares exclusivos de la verdad y la moral pública y los únicos representantes del pueblo. Según Müller, el gobierno populista se caracteriza por tres rasgos principales: “Intentos de asaltar el aparato del Estado, corrupción y *clientelismo* (comerciendo con beneficios materiales o favores burocráticos para sus seguidores, convirtiendo a los ciudadanos en clientes) y esfuerzos sistemáticos por suprimir la sociedad civil. Por supuesto, continúa Müller, muchos autoritarios hacen cosas similares. La diferencia es que los populistas justificarán su conducta con la invocación de que sólo ellos representan al pueblo”.¹⁹ Esto último, a mi juicio, es lo más resaltante en la postura de este autor, pues el populismo desarrolla un verdadero *narcicismo* grupal, el cual llega a ignorar toda crítica, hasta hacerse impenetrable a la reflexión.

Müller refuerza su posición así: “Una vez más, colonización del Estado, clientelismo de las masas, y legalismo discriminatorio son fenómenos que pueden encontrarse en muchas situaciones históricas. Mientras que en los regímenes populistas ellos son practicados abiertamente y, aunque se pueda sospechar, con la conciencia moral limpia”. Resalta también que la denuncia de estas prácticas

¹⁹ Müller, obra citada, página 4.

corruptas, en sus países “no parece dañar la reputación de los líderes populistas, como muchos esperarían”. Cita numerosos ejemplos europeos: Haider, Berlusconi, Erdogan, Orban, Putin, etcétera. En el mismo sentido, señala dicho autor que el populismo en el poder implanta la exclusión de quienes no sean sus seguidores, “viejo establecimiento”, “élites inmorales y corruptas”, para lo cual invocan cínicamente justificaciones democráticas.²⁰ A nuestro juicio, este fenómeno es congruente con la polarización social que genera la política populista, lo cual oscurece la verdad y anula la crítica, pues todo lo que afirmen los contrarios o disidentes es invariablemente considerado falso.

Aunque no sea un fenómeno exclusivo del populismo, sino de todas las ideologías colectivistas, porque todas tienen en su esencia el carácter hegemónico, el populismo adopta y profundiza el estatismo económico, pues hace del Estado instrumento de la dominación económica con el objetivo de asegurar la dominación política, que es el verdadero fin de la hegemonía. En este sentido, desarrolla una política persistente de estrangulamiento del sector privado de la economía y de la libre empresa, con el objeto inmediato de aniquilar o reducir al menos, la posibilidad de oposición al régimen. Sin embargo, ha habido casos en los cuales gobiernos populistas han seguido políticas liberales en algunas áreas, lo cual forma parte del sincretismo ideológico que caracteriza al populismo.

Es propio del populismo el liderazgo carismático, pues persigue mantener la unidad del pueblo, al margen de los procesos legales, mediante la acción del líder, quien tiene el poder de interpretar y hasta personificar la *voluntad popular* y llenar el vacío dejado por las deterioradas instituciones de la democracia representativa. Dicho liderazgo suele ser espontáneo, pero también es construido, como la misma noción de pueblo. El líder mantiene una relación directa con el pueblo, sin mediación de ninguna organización, hasta el punto de crear la identidad pueblo-líder (el *führer* es el pueblo, “Gaitán no es un hombre, Gaitán es el pueblo”, “Chávez es el pueblo”, se decía en Venezuela). Se trata de una dependencia absoluta, donde no hay pedagogía del gobernante hacia los gobernados, más bien, como decía Betancourt, asemeja a la primitiva relación de un cacique con su tribu. Siguiendo a Laclau, en la unidad del pueblo “el papel del líder es capital, tiene que lograr en cierto modo el cierre del *macro-sujeto* (el pueblo) de manera que lo que él representa como polo identificativo cierre las fisuras de las diferencias y disuelva la pluralidad”.²¹

Ante el descrédito y la repulsión colectiva que han producido los regímenes totalitarios del siglo XX, el populismo ha sido de gran utilidad para los movimientos políticos descendientes ideológicamente de la matriz totalitaria, de izquierdas o de derechas (sobre todo, pero no exclusivamente, de progenie marxista) pues ha

²⁰ Müller, obra citada, páginas 47 y siguientes.

²¹ Álvarez Yáguez, Jorge; *la forma política y el populismo*, en *Populismo versus Republicanismo*, obra colectiva coordinada y editada por José Luis Villacañas Berlanga y César Luis Sanjuán, Biblioteca Nueva, Madrid, 2018, páginas 194 y siguientes.

constituido la vía alternativa pacífica para la conquista del poder, según la estrategia desarrollada por los partidos socialistas y comunistas de la Europa occidental, los cuales se inspiraron en el pensamiento del filósofo italiano Antonio Gramsci, quien propuso el abandono de la vía violenta extrema e insurreccional para alcanzar el poder en las naciones desarrolladas y cultas de occidente, y la adopción de una vía pacífica que se apoyara en la penetración del tejido social, mediante la creación y desarrollo de una “hegemonía cultural” del pueblo, la cual debía construirse antes de llegar al poder político, precisamente para sustentar la vía escogida de apropiación del liderazgo social y posteriormente, de la autoridad. Al mismo tiempo, siguiendo el pensamiento de Gramsci, el populismo es una ideología postmarxista porque pone a un lado el “proletariado” marxista y propicia la alianza de clases insatisfechas con el *statu quo* del sistema capitalista y la democracia liberal. De allí deriva la conocida posición anticapitalista y antiliberal del populismo, asociada más a un discurso propagandístico y proselitista que a su verdadera naturaleza, pues algunos movimientos populistas adoptan políticas liberales mezcladas con políticas estatistas. Con palabras de José Luis Villacañas: “El populismo quiere adaptarse a esa verdad de la movilidad y de la contingencia de la historia, a esos ritmos por los que unos entran y otros salen de la entidad colectiva llamada pueblo”.²²

Lo anterior, podría explicar justificadamente por qué se ha calificado al populismo como una máscara de movimientos autoritarios o también como una *ideología de transición* para facilitar el advenimiento de sistemas políticos rechazados en el pasado por las sociedades occidentales; pues, para evitar el rechazo, los movimientos políticos populistas adoptan genéricamente las pretensiones populares y encubren sus genuinos propósitos autoritarios, para lo cual la manipulación de las emociones de las masas humanas y el carisma de los líderes sustituyen la necesidad de formular racional y concretamente programas de gobierno y medidas destinadas a solucionar los problemas de los grupos populares cuya representación asumen. Como sostiene Álvarez Yágüez : “En el *orden discursivo o ideológico* habría que mencionar el carácter *difuso*, no preciso de sus programas, a menudo por la dificultad de armonizar las demandas en conflicto de los sectores heterogéneos en que se apoya, discrepancias que procuran no explicitarse; frente a lo *argumentativo*, frente al perfilamiento de razones claras, predomina más bien lo narrativo, la invocación de *símbolos*, el estímulo de las emociones y afectos, un estilo más romántico que ilustrado; la simplificación abusiva en el planteamiento de las cuestiones y de su solución... Como ha establecido M. Canovan, su política no es de orden pragmático sino *redentor*, de salvación”.²³

También la vía pacífica de acceso al poder explica que los movimientos populistas contemporáneos utilicen los mecanismos de la democracia representativa en su estrategia. Sabido es los populistas niegan la representatividad de los

²² Villacañas, José Luis; *Populismo*, Editorial La Huerta Grande, Madrid, 2015, página 84.

²³ Cfr. Álvarez Yágüez, obra citada antes, páginas 195-196.

partidos y dirigentes políticos de la democracia liberal, pero al mismo tiempo se auto-atribuyen la representación exclusiva del pueblo, la cual aspiran a ejercer en forma monopólica a través de los medios de la democracia representativa: el voto, los partidos de masas, el parlamento, el poder ejecutivo, el poder judicial y la administración pública. Una vez en el poder, llevan a cabo la concentración ilegítima de todas las instancias de poder en el poder ejecutivo, erigiendo a la jefatura del gobierno como la máxima jerarquía política con facultades ilimitadas. Frecuentemente, hacen permanentes los estados de excepción e instauran la legislación por decretos. Frente al desgaste de popularidad, organizan elecciones no transparentes, no libres ni competitivas, donde los principales candidatos opositores son previamente inhabilitados, encarcelados o eliminados. De allí que ciertos autores distinguan hoy en día entre las democracias liberales y las *democracias iliberales o plebeyas*, significando que estas últimas, por su carácter popular, exageran el poder de la mayoría —efectiva o simbólica— y desconocen la separación de los poderes y las garantías constitucionales del Estado liberal democrático, principalmente de los individuos y de las minorías políticas y sociales.²⁴

En el mismo sentido de distorsión de la democracia representativa, entre cuyos principios fundamentales destaca la alternancia de los gobernantes y representantes, los líderes populistas implantan la perpetuación en el poder, porque consideran insuficientes los períodos electivos para desarrollar su propósito rector de establecer un nuevo régimen socio-político, para lo cual no dudan reformar la constitución política para permitir la reelección indefinida y manipular los sistemas electorales para asegurar el triunfo en los comicios. Con el tiempo, se desentienden de todos los principios constitucionales que invocaron cuando no estaban en el poder y avanzan hacia la autocracia y la dictadura, y desconocen los derechos humanos con los cuales hicieron proselitismo. La Constitución termina siendo una mera *fachada*, pues las reglas efectivas serán dictadas ejecutivamente y conformarán un ordenamiento jurídico paralelo, hasta tanto se pueda dar el salto cualitativo definitivo a un régimen totalitario.

La mayoría de los autores coincide en admitir el carácter anti-institucional del populismo o “anti-establecimiento”, como diría Müller, antes citado. Así como los populistas en el poder buscan someter y a veces disolver los poderes distintos del ejecutivo, también buscan mantener la crisis de las instituciones de la democracia liberal y evitar que puedan resolver los reclamos de los grupos descontentos, vale decir, hacen permanente la crisis de la sociedad, en especial del Estado de Bienestar, para impedir la formación de núcleos de poder que puedan atentar contra el poder ejecutivo populista. Se podría afirmar que el mismo

²⁴ “El término *democracia iliberal* llegó a ser muy aceptado en los círculos políticos occidentales, en la mitad de los años noventa, como un modo de describir regímenes que conservan las elecciones, pero no observan el Estado de Derecho y violan los controles y equilibrios de poderes en particular. En un artículo muy influyente, el periodista americano Fareed Zakaria señaló la existencia de gobiernos con respaldo popular en los cuales fueron violados sistemáticamente los principios de lo que él llamó el *constitucionalismo liberal*”; ver Müller, obra citada, página 50.

gobierno contribuye al desorden, para destruir las bases del poder político anterior y dar paso a nuevas bases. En el mismo sentido, el populismo mantiene a la sociedad en constante movilización, a fin de mantener su combate contra las instituciones de la democracia representativa y evitar la recomposición de estas últimas, lo cual significaría el declive de la hegemonía.

Según la visión de Villacañas, apoyada en los estudios de otros autores, es principio básico del populismo -a nuestro juicio, como etapa previa al totalitarismo- que “al no haber orden social real, los peligros de anomia son perennes, la crisis del Estado de Bienestar será endémica, y el único principio de orden reside en la unidad del pueblo... Por eso el populismo se ve como un estado ininterrumpido de mantener la democracia sin llegar a la fusión totalitaria y sin la implosión del puro desorden social... Como ha visto muy bien Brett Levinson, citado por Villacañas, hay en el populismo un cierto miedo a la implosión social verdadera, y eso es lo que fundamenta su decisión... se podría decir que hay un cierto deseo de domesticar la anomia que amenaza la existencia de las sociedades humanas”.²⁵ Lo que hace pensar que “el populismo es un pensamiento de inercia histórica”, concluye Villacañas, y por eso añadiríamos nosotros, juega con el devenir incontrolado de los problemas sociales, como lo postularía el viejo anarquismo decimonónico. Sin embargo, a nuestro juicio -porque esto no lo dice Villacañas- esta etapa de gobierno populista no podría ser indefinida, porque conduce inevitablemente al caos y a la disolución del Estado y la sociedad; se trata realmente de una transición para “desarticular el orden social”, como diría Betancourt, y provocar la instauración de un régimen totalitario, cuya índole va más allá de la forma populista de gobierno.

La aproximación al concepto de populismo expuesta es más que todo de carácter formal, pues no está referida a materias o contenidos, sino a rasgos muy generales que permitan incluir en el concepto a numerosos supuestos históricos. Podríamos decir que la extensión lógica predomina sobre la comprensión conceptual, para constatar solamente cómo cada uno de los rasgos descritos se enlaza con el otro. Según Álvarez Yágüez, esta conceptualización de tipo formal permitiría que ella se abriera “a que pudieran darse populismos muy diferentes en cuanto a sus fines y objetivos, de orientaciones políticas distintas, ya que cabe que compartiesen estas características: la forma”. Según esto podrían darse populismos raciales, campesinos, indigenistas, urbanos, de inclinación hacia la izquierda o hacia la derecha, más o menos tradicionalistas, incluyentes o excluyentes, etc.²⁶

2) *Otras visiones del concepto*

Más allá de la connotación peyorativa y de la confrontación política que genera el populismo, hay reputados autores, como el politólogo ecuatoriano César Ulloa, que invitan a “salir de la prototípica mirada del populismo como adjetivo,

²⁵ Villacañas, obra citada, páginas 90 y 91.

²⁶ Cfr.: Álvarez Yágüez, obra citada antes, página 197.

lo cual implica profundizar en sus causas e ir identificando vacíos que evidencia la literatura acerca de su emergencia”. Para este autor, es conveniente establecer las diversas relaciones que surgen entre el populismo como fenómeno y la democracia, las cuales no siempre son opuestas y van desde una orientación favorable para la democracia, pasando por ser un peligro para ella, hasta ser un “espejo” en el cual se vea la democracia y reconozca sus defectos.²⁷

En esta perspectiva, se habla de “*signos democratizadores del populismo*”, porque este fenómeno hace tomar conciencia de su existencia y derechos al “pueblo” y lo hace visible, entendido éste como los segmentos marginados de la población, que gracias a la acción populista ven ampliada su esfera de derechos políticos y sociales y superan las peores condiciones de desigualdad, a la vez que “interpelan” a la democracia liberal por sus restricciones a la representación, inexistente o insuficiente para el pueblo así concebido. Este vacío de representación del pueblo es suplido por el liderazgo populista, que emerge en un momento de debilidad del sistema y termina con la orfandad de los sectores excluidos. También se le reconocen signos modernizadores, mayor participación, redistribución de la riqueza colectiva, revolución de las aspiraciones, etcétera.

Concebido el populismo como un *peligro para la democracia*, según Ulloa, “los autores confluyen en los aspectos siguientes: a) el discurso anti-institucional, acompañado de prácticas de “democracia delegativa” por parte del líder; b) el rechazo de las mediaciones institucionales (partidos, sindicatos, asociaciones, etcétera) y el fortalecimiento de la personalización de la política (relación directa entre líder y pueblo); c) rasgos de autoritarismo y arbitrariedad para saltar los procedimientos de un Estado de Derecho (aclamaciones, asambleas populares, demostraciones de calle, etcétera); d) la negación a formas de oposición política o a cualquier iniciativa que aliente la diversidad en el campo de la competencia por el poder (antipluralismo); e) la irrupción de los líderes en el escenario mediático reconfigura los espacios de deliberación a las pantallas de la televisión, a las redes sociales y a cualquier dispositivo tecnológico que permita la masificación del discurso, sin recurrir a mediaciones institucionales, como los partidos y sus actores (desbordamiento demagógico)”.²⁸

“Al decir que el populismo es un *espejo de la democracia*, éste tendría la cualidad de evidenciar su estado de salud y calidad, y sobre todo cuando no están resueltos los problemas de ciudadanía, derechos sociales y económicos en los países donde emerge. En el espejo de la democracia no se refleja un populismo constituido por pobres, como dice Panizza, sino un segmento policlasista que exige satisfacción de demandas de todo tipo”.²⁹ En este papel de espejo, “El populismo actúa como invitado incómodo para la democracia, según Arditti, sobre todo

²⁷ Ver: Ulloa, César; *el populismo en escena: por qué emerge en unos países y en otros no*. Capítulo I. FLACSO, Ecuador, enero 2017.

²⁸ Ulloa, página 28. Indicaciones entre paréntesis nuestras.

²⁹ Ulloa, página 32.

en América Latina, debido a que entra y sale del sistema político cuando quiere y sin invitación. Esto no significa, según Ulloa, que ingresa con el afán de destruir la democracia, pero sí de introducir ciertas variantes que generan resistencia en los defensores de corte liberal y republicano”.³⁰

En fin, señala Ulloa, dentro del cuadro sincrético que suele caracterizarlo, “el populismo articula ingredientes democráticos y autoritarios: ampliación de la ciudadanía, recurso a procedimientos electorales, pluripartidismo, extensión de la participación social y política; junto con: control vertical de las organizaciones sociales, reducción del espacio institucional de la oposición, promoción de un sistema político ampliado y al mismo tiempo excluyente”.³¹

Otros autores, como Frei y Rovira, se oponen a la divinización o demonización del populismo, que es un “experimento político impreciso y ambivalente”. Dicen esos autores que “como valoración es bien conocida la afirmación de que el populismo puede ser considerado como la enfermedad de la democracia, ya sea por su potencial tiránico y disruptivo de los derechos individuales o por su radicalización de la soberanía popular, exhibiendo una de las formas puras del orden democrático”. Para esos autores, “estamos ante un término que en determinados momentos ha servido para dar cuenta de las ambivalencias propias de todo orden político, las cuales obedecen a la tensión que se produce entre un orden considerado como ideal y el grado en que éste es llevado a la práctica”.³²

En relación con el notorio carácter recurrente del populismo en América Latina, el politólogo venezolano Juan Carlos Rey ha dicho que “este fenómeno, pese a su carácter ambiguo y a sus muchos fracasos, vuelve a aparecer una y otra vez en América latina, aunque en variadas formas, hasta el punto de que no faltan quienes lo consideran el único proyecto viable para nuestros países. El análisis del populismo latinoamericano es difícil, pues se trata de un fenómeno político complejo, ambiguo y hasta contradictorio, que abarca a partidos políticos, regímenes, estilos e ideologías sumamente heterogéneos. La dificultad aumenta por la diversidad de valores que se asocian al término, pues mientras que para algunos el populismo representa un movimiento genuinamente latinoamericano, original, capaz de movilizar e integrar grandes masas y la única fuerza política transformadora viable en nuestros países, para otros es por el contrario, un movimiento demagógico, oportunista, manipulativo, corrupto, retórico e ineficaz. Ambas apreciaciones no dejan de señalar elementos reales presentes en ésta o aquélla variedad de populismo”.³³

³⁰ Ulloa, página 27.

³¹ Ulloa, página 21.

³² Ver: Frei, Raimundo y Rovira, Cristóbal; *El populismo como experimento político. Historia y teoría política*; Revista de Sociología 22-2008, Facultad de Ciencias Sociales Universidad de Chile. Academia-Edu.

³³ Ver: Rey, Juan Carlos; ideología y cultura política: el caso del populismo latinoamericano. Academia. Edu.

Consecuente con este planteamiento, Rey plantea la existencia de dos tipos principales de populismo: “sistema populista de movilización de masas” y el “sistema populista de conciliación de élites”. El primero, es el populismo radical de confrontación, el cual supone cambios socio-económicos violentos, derivados de una intensa movilización social; la disolución o deterioro de los nexos interpersonales tradicionales, con partidos, sindicatos, asociaciones, iglesias, etcétera; masas desarraigadas y disponibles dispuestas a contraer nuevas lealtades; y liderazgos carismáticos. El segundo, tiende a la conservación y legitimación de un orden sociopolítico existente, mediante la conciliación de intereses contrapuestos y compromisos a través de élites, y se basará en una “acomodación utilitaria” (clientelismo) de los diversos sectores de la población. No supone liderazgos carismáticos. Suele darse este populismo en democracias representativas decadentes o como evolución desde populismos de movilización.

Otra visión diferente y muy importante del fenómeno populista es la aportada por el filósofo, historiador y sociólogo argentino Ernesto Laclau, quien no obstante su orientación izquierdista post-marxista, construyó una teoría objetiva del populismo, que lo identifica con la lógica de la acción social y política y permite explicar exitosamente la estrategia que siguen los movimientos de esta índole, en cualquier lugar del mundo.³⁴

Esta teoría de Laclau y de sus seguidores ha sido criticada por su conclusión de que el populismo no es más que una manera de construir lo político, con indiferencia de los contenidos ideológicos, porque entonces perdería toda capacidad para definir con propiedad lo que es el populismo. Sin embargo, no podemos dejar de reconocer su potencial descriptivo de la política de masas y de la manera como se construyen las identidades políticas y los sujetos dentro de la misma, más allá de las posiciones anti-populistas que se consumen en la denigración de las masas y en la “demonización” del fenómeno, sin tratar de comprender sus causas y características contemporáneas. Laclau rechaza la idea de la anti-política en las masas, incapaces de ninguna orientación racional o lógica propia alguna, nacida de la “psicología de las muchedumbres” y sostenida en el pasado por autores del siglo XIX, como Gustave Le Bon, Hippolyte Taine y Gabriel Tarde, para afirmar contrariamente a ellos, que la racionalidad de la masa es resultado directo de la movilización populista. Así, es la misma movilización la que produce la ideología y genera el liderazgo.

³⁴ Ver: Patruyo, Thanalí; *comentarios a propósito de la visita de Ernesto Laclau: La razón populista. Aproximación a los retos teóricos de un modelo predefinido*; en Cuadernos del CENDES Universidad Central de Venezuela; CDC v.23 n.63 Caracas dic. 2006. Versión on-line ISSN 2443-468X. Marchart, Oliver; *en el nombre del pueblo, la razón populista y el sujeto de lo político*. Traducción de Nora López. Cuadernos del Cendes, Universidad Central de Venezuela; CDC v.23 n.62 Caracas, mayo 2006. Laclau, Ernesto; *consideraciones sobre el populismo latinoamericano*; Cuadernos del Cendes, Universidad Central de Venezuela; CDS, vol.23 num.63, Caracas 2006; versión On- line ISSN 2443-468X. Laclau, Ernesto; *sobre la razón populista*; <http://voidnetwork.gr/wp-content/uploads/2016/09/On-Populist-Reason-by-Ernesto-Laclau.pdf>.

A partir de sus primeros estudios sobre el fenómeno populista en Argentina y en Brasil, con los modelos del peronismo y del varguismo, Laclau ha construido una tesis abstracta y sumamente original del fenómeno, al que considera no delimitable concretamente y que coincide con la “lógica de la política”, tanto que concluye que “*el populismo es sencillamente, una manera de construir lo político*”.

Intentemos hacer una explicación sencilla de este pensamiento. Para Laclau el pueblo es una identidad política y todas las identidades políticas se construyen en forma discursiva, es decir, con el lenguaje, surgida de un imaginario y de la adopción de un nombre que se conecta abstractamente con una posición social genérica (significante vacío) por una parte, y por otra, concreta y emocionalmente se vincula con un líder carismático o con un grupo real de personas que lo representan y unifican. Sin embargo, esa identidad política llamada pueblo se origina objetivamente en un proceso de articulación y agrupamiento de demandas de diversos grupos o sectores necesitados de una sociedad, algunas de las cuales podrían ser contradictorias, que en cierto momento se unifican en lo que Laclau ha llamado la equivalencia de las demandas insatisfechas, que a su vez genera cadenas de equivalencias, y se superponen a las diferencias de los intereses heterogéneos de los grupos o sectores que originan las demandas. La aparición progresiva de dichas equivalencias se sustenta en el antagonismo frente a la autoridad, las élites dirigentes y las instituciones, que son consideradas como el enemigo común del pueblo. Este antagonismo o dicotomía de confrontación llega a ser el contenido ideológico prácticamente único del movimiento político popular y su pegamento principal, de allí la vacuidad de dicho contenido, lo cual facilita la unidad del movimiento y su carácter hegemónico.

La noción antes bosquejada se refleja en los razonamientos de Laclau, que en modo selectivo y ejemplificativo, se reproducen a continuación:

“La unidad del grupo, que es la formación de la identidad política, es el resultado de la articulación de demandas”.

“Si las peticiones logran ser absorbidas por el sistema institucional no se produce la conversión de las solicitudes en demandas, pero cuando el sistema institucional (que según su modelo opera esencialmente bajo la lógica de la diferencia) no logra procesarlas, las demandas insatisfechas comienzan a articularse”.

“Las demandas que constituyen una cadena equivalencial no necesitan compartir nada positivo: la equivalencia está dada por su común oposición a un régimen que las niega a todas ellas. Pero si son absolutamente heterogéneas y lo único que las unifica es un rasgo puramente negativo, la operación que las agrupa no puede ser una operación de subsunción y por ende el significante vacío en que se plasma esa unidad no puede ser de naturaleza conceptual... el significante vacío es un nombre y no un concepto y por tanto constituye el movimiento político como singularidad. Pero la forma por antonomasia de un nombre es un nom-

bre propio, lo que explica el rol del líder: en su nombre cristaliza la unidad del movimiento”.

“El Estado puede cada vez menos satisfacer las demandas de las bases y se da una situación típicamente pre-populista: una acumulación de demandas insatisfechas y un aparato institucional cada vez menos capaz de vehicularlas. Esto crea una situación de descontento generalizado, una equivalencia difusa entre todos los reclamos frustrados y finalmente, la emergencia de un líder que por fuera y contra el aparato institucional, convoca a las masas a la acción política”.

“No he buscado encontrar el verdadero referente del populismo, sino hacer lo contrario: mostrar que el populismo carece de unidad referencial porque no está adscrito a un fenómeno delimitable, sino a una lógica social cuyos efectos atraviesan muchos fenómenos. El populismo es sencillamente, una manera de construir lo político”.

Para entender mejor el sentido de esta teoría, Laclau utiliza el ejemplo —entre otros— del movimiento polaco *Solidaridad*, el cual condujo a la derrota y caída de la hegemonía comunista en ese país. *Solidaridad*, en sus inicios, no era otra cosa que el lema con el que se identificaba el sindicato de los trabajadores portuarios de Gdansk, cuyas demandas o reivindicaciones laborales fueron planteadas con firmeza frente al gobierno comunista, mediante una famosa huelga que llamó la atención de todo el país y del mundo. Paulatinamente, se fueron activando las demandas de muchos otros sectores sociales, no sólo laborales, superando las diferencias entre todas ellas, hasta provocar una articulación de todas y generar una cadena de equivalencias, en la cual la aglutinación llevó necesariamente a la unidad y a la aparición de un movimiento nacional capaz de romper la estructura del sistema comunista. *Solidaridad* dejó de ser un slogan o el nombre de un sindicato para designar a toda la oposición al régimen comunista y dar lugar a una verdadera contra-hegemonía. *Solidaridad* pasó a ser entonces un significante vacío, por carecer de significados particulares, para adquirir el carácter universal del pueblo polaco, cuya unidad cristalizó con el nombre propio de un líder: Lech Walesa.

En este caso histórico, la lógica populista que describe Laclau condujo no sólo a la caída del régimen comunista, sino que formó las bases para una democracia, aunque con características diversas de las que tiene en los países de Europa occidental. Hoy en día, según la opinión de reputados autores, toma fuerza nuevamente el populismo en Polonia, esta vez con claros elementos autoritarios que parecen alejar al país de los principios básicos que rigen la Unión Europea, inspirados en la democracia liberal. Lo cual podría estar en la línea que concibe al populismo como un fenómeno recurrente, inherente a la política de masas y que genera su racionalidad a partir de la movilización social.

La teoría objetiva del populismo que aporta Ernesto Laclau, a nuestro juicio, podría no sólo explicar los populismos clásicos o típicos que han aparecido en la historia del hemisferio occidental y especialmente en América Latina, sino que podría, probablemente, dar explicación a fenómenos recientes de movimientos

con muchas características del populismo, pero en los cuales resalta la ausencia de un líder carismático, como serían los casos de la insurrección chilena de 2019 y las elecciones americanas de 2020, en los cuales se han producido demandas sociales heterogéneas e insatisfechas contra el sistema político —de carácter racial, sexual, estudiantil, anti-religiosas, etcétera— que han confluído en fuertes y agresivas movilizaciones de masas y han dado origen a coaliciones abigarradas, cuyo liderazgo es impersonal, convencional y pasajero, con gran apoyo de ciertos partidos de izquierda, de la prensa y de grandes empresas de telecomunicaciones, los cuales esperan por definirse en próximas etapas de los respectivos procesos. Cuyo estudio aún es insuficiente y desbordaría los límites del presente trabajo.

De este modo hemos tratado de describir el populismo con sus rasgos predominantes, con el apoyo de cierta literatura especializada en el asunto, lo cual nos permitirá, al menos es nuestro propósito, distinguir los movimientos populistas verdaderos de aquellos que sólo tienen algunos rasgos en común con el populismo. Para ello, proponemos adoptar como patrón de comparación las características que hemos enunciado con anterioridad, con el resultado de que únicamente los movimientos políticos que coincidan con la mayoría de criterios expuestos podrían ser razonablemente calificados como populistas.

Nos inclinamos a coincidir con algunos autores, como Müller, que consideran que los nuevos liderazgos políticos ultranacionalistas de la Europa Central y de ciertos países mediterráneos, encarnan verdaderos movimientos populistas, pues encuadran en el conjunto de características típicas del populismo antes expuestas, como serían los casos de Erdogan de Turquía, de Haider de Austria, de Orban de Hungría, la Liga Norte de Italia, Kaczynskis en Polonia, etcétera. Así también, los liderazgos latinoamericanos de Chávez, de Morales, de Ortega y de Correa; con la advertencia nuestra de que el populismo chavista ha dejado de ser una transición hacia el socialismo para dar paso al castro-comunismo militante de Maduro y el Partido Socialista Unido de Venezuela, así como también, a la instauración de fuertes vínculos con gobiernos enemigos de EE.UU, como Rusia, China e Irán, y mafias nacionales e internacionales de las actividades ilícitas.

Por otra parte, manifestamos nuestras dudas acerca de ciertos avances electorales de las derechas políticas en la Europa Occidental, como serían los emblemáticos casos del Brexit en Gran Bretaña y de Marine Le Pen en Francia, pues no parecen reunir las características enunciadas del populismo típico, sino que más bien encarnan fuertes reacciones nacionalistas o “euro-escépticas” en contra de lo que consideran la unificación exagerada de la Unidad Europea y las imposiciones uniformadoras del gobierno comunitario, donde predominan los criterios de la burocracia liberal y tecnocrática, más que las orientaciones nacionales de los países miembros. Por ello, algunos autores especializados en el populismo han señalado que estos casos parecen más bien ser ubicables en la polémica entre populistas y antipopulistas en la Europa Occidental, como dos visiones contrapuestas de la democracia, lo cual nos ha llevado a una simplificación excesiva de las categorías e identidades políticas en ese continente.

POPULISMO Y DEMOCRACIA MAYORITARIA

Del populismo típico también hemos de distinguir la evolución de las democracias en el mundo occidental, y especialmente en América Latina, la cual se da con el paso de la llamada *era aristocrática* a la *era democrática*, fenómeno que primero se da en los EE.UU y Europa Occidental y más tarde en los países latinoamericanos. Detengámonos un poco en esta reflexión, pues ella nos ayuda muy probablemente a reconocer la naturaleza del populismo y a no confundirlo con hechos que configuran experiencias históricas diversas.

En esta perspectiva, que se encuadra en la evolución del gobierno representativo hacia la democracia mayoritaria, se debe recordar que la llamada “democracia liberal burguesa” o “democracia formal” –con forma republicana- tuvo su etapa aristocrática hasta bien entrado el siglo XX, durante el cual muchas democracias conservaban sistemas de elección indirecta de sus órganos principales de gobierno y deliberación, derecho de voto reducido a ciertas categorías de habitantes, preservación a ultranza de los derechos individuales frente al Estado, escasa participación en los derechos políticos de la mayoría de la población e inexistente protección de sus derechos sociales. Razones por las cuales muchos autores han calificado a esta etapa aristocrática, en la cual se daba prioridad a la libertad sobre la igualdad, porque los beneficios del sistema sólo alcanzaban a la minoría de la población, como regímenes pre-democráticos o democracias restringidas, en el mejor de los casos.³⁵

En este punto, hay que recordar que la democracia representativa contemporánea es el producto de la confluencia –potencialmente contradictoria- de dos tendencias histórico-políticas: el liberalismo y la soberanía popular. La primera postula la libertad del individuo y la limitación del poder del Estado como eje del sistema político, mientras que la democracia, nacida de la soberanía popular, postula la igualdad de todos los ciudadanos y su participación en el ejercicio del poder como principio fundamental del sistema. De allí que el lúcido politólogo venezolano Juan Carlos Rey haya sostenido, siguiendo a Ortega y Gasset y a García Pelayo, que “la democracia representativa contemporánea constituye un intento de conciliación y síntesis de dos corrientes políticas no sólo distintas, sino en ocasiones antagónicas: el liberalismo y la democracia”.

Según Rey, “la democracia responde a la pregunta ¿quién debe ejercer el poder político? Y su respuesta es que debe gobernar el elegido por el conjunto de los ciudadanos”, sin que ello implique limitación a su ejercicio. Su meta es la mayor participación popular en el gobierno y beneficios que proporciona el Estado. Mientras que para el liberalismo esta cuestión carece de importancia, pues

³⁵ García Pelayo expresa que el Estado Liberal “corresponde, como decían los liberales alemanes, a las clases con *educación y patrimonio*; o como decían los doctrinarios franceses, a la burguesía, custodia y portadora de la razón y las luces”. García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, en Obras Completas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, Tomo I, página 391.

lo esencial para esta corriente, “con independencia de quién ejerza el poder, es cuáles deben ser los límites para su ejercicio”. El poder público podría ser ejercido por el pueblo, por el rey o por la aristocracia, pero no podría ser absoluto sino limitado, pues debe el Estado respetar los derechos de las personas y no desconocerlos, de manera que la sociedad civil debe tener un ámbito libre de toda injerencia estatal. “La democracia representativa en cuanto síntesis de los dos principios podría decirse que es una democracia liberal o un liberalismo democrático”.³⁶

En suma, según el razonamiento seguido por Rey, la democracia representativa así concebida debe responder satisfactoriamente a tres cuestiones: a) ¿quién ejerce el poder público?; b) ¿cómo se ejerce el poder público?; y c) ¿para quién o en beneficio de quién se ejerce el poder público? El contenido de la respuesta que se pueda dar a estas tres interrogantes, nos diría la calidad de la democracia liberal examinada. La primera respuesta requiere como mínimo de elecciones libres, justas y competitivas, con participación activa y pasiva de todos los ciudadanos, para escoger los gobernantes y representantes; la segunda respuesta requiere de límites al ejercicio del poder público, configurados por el Estado de Derecho, la separación de poderes, el imperio de la ley, y el respeto de los derechos humanos; la tercera respuesta está referida a quiénes son los beneficiarios de las políticas y decisiones públicas, o sea, al contenido y fines de la acción del Estado, la cual debe atender las necesidades e intereses de todos los sectores de la población. La respuesta a estas cuestiones nos permitirá distinguir las diferentes especies de la democracia representativa y estar en capacidad de reconocer lo que han sido las democracias mayoritarias en el mundo occidental y en especial en nuestro continente.

En una primera etapa las democracias dieron predominio a la libertad y limitaron drásticamente el poder del Estado para intervenir en la esfera del individuo. Según explica García Pelayo, la burguesía económica y los intelectuales asumieron el poder y para estos grupos sociales lo importante era el despliegue libre y seguro de la personalidad frente al Estado. Por su mayor capacidad material e intelectual, estos grupos asumen la conducción de la sociedad e integran un estrato calificado, que les permite obtener de ella los mayores beneficios, pero tal objetivo “no podría llevarse a cabo sin el dominio del Estado y para ello se hubo de dar acogida al principio democrático, pero triplemente limitado en cuanto a las fuerzas sociales que iban a ser sujetos activos (sufragio censitario) y a su neutralización por otras (cámaras altas, etcétera); en cuanto a la amplitud de su esfera, que se ciñe exclusivamente a la seguridad jurídica, sin pretender penetrar en otros campos (económicos, sociales, etcétera) y en cuanto a su limitación por los principios liberales, tal como lo expresaba Constant”, es decir, el ejercicio limitado de la soberanía, pues “la universalidad de los ciudadanos no podría dispo-

³⁶ Rey, Juan Carlos, *los tres modelos venezolanos de democracia en el siglo XX*, en DOCX, Academia, https://www.academia.edu/15453850/LOS_TRES_MODELOS_VENEZOLANOS_DE_DEMOCRACIA_EN_EL_SIGLO_XX?email_work_card=thumbnail-mobile.

ner de la existencia de los individuos, pues hay una parte de la existencia humana que permanece individual e independiente y que está fuera de toda competencia social”.³⁷

Pero el desarrollo mismo de la sociedad propició el ascenso de nuevos grupos sociales, cuya situación vital era diferente de los que enfrentaron al Estado absolutista. Aparecen las clases medias y obreras y el proletariado urbano, los cuales exigen reformas, mayor participación en el Estado y la distribución de beneficios sociales entre los sectores desatendidos. Obtienen el sufragio universal y por ser numéricamente mayoritarios reducen o desplazan a las élites gobernantes, o en el mejor de los casos las obligan a compartir con los nuevos grupos. Estos últimos profesan sentimientos colectivistas frente a los valores del individuo y organizan sus luchas políticas ante la burguesía económica y las instancias públicas en forma solidaria y no competitiva. Se produce la masificación de la democracia y dentro de ella a estos grupos les interesa más la liberación y el ascenso social como grupos o clases que como individuos, inspirados en mayor o menor medida por las diversas expresiones de la ideología marxista.

Esta lucha conduce al acceso al Estado de estos nuevos grupos, como aliados de las viejas élites o como entidades dominantes y se implanta un nuevo modelo de democracia, que no se limita a los fines básicos de la organización estatal, sino que incorpora a su acción la generalidad de las actividades sociales, como la planificación de la economía, la industrialización, la reforma agraria, la educación, la salud, la seguridad social, etcétera, las cuales son intervenidas progresivamente por el Estado. Surge así la democracia de las mayorías, la cual da preferencia a la igualdad sobre la libertad, y por consiguiente, la acción del Estado deberá garantizar la “igualdad real” de los ciudadanos y no solamente su “igualdad ante la ley” o “igualdad formal”, que garantizaban todas las constituciones liberales, pero que se mostraba insuficiente para asegurar la participación de todos. De allí, que la democracia debió incorporar no solamente los derechos constitucionales de libertad sino los derechos constitucionales de prestaciones (económicas y sociales) para todos los grupos sociales menos favorecidos. Se trataba de hacer posible la democracia para todos, de hacer más democrático el sistema representativo.

En relación con esta etapa de la evolución democrática, comparto la posición del autor argentino -antes citado- Ernesto Laclau, uno de los más famosos estudiosos del populismo, quien ha expresado: “Los Estados latinoamericanos se constituyeron en la segunda mitad del siglo XIX en torno a oligarquías cuya base económica era esencialmente agroexportadora y cuya forma política dominante fue el liberalismo. El mismo éxito de su inserción en el mercado mundial condujo a un rápido proceso de urbanización y a una emergencia de sectores medios, que hacia la segunda mitad del siglo XX, comenzaron a exigir una participación creciente en el sistema político. Es importante advertir que esta protesta

³⁷ García Pelayo, obra citada, páginas 390 y 391.

no cuestionaba en forma alguna la forma liberal del Estado, sino que reclamaba la ampliación de sus bases sociales. ... El populismo que estas expresiones anti-oligárquicas podían promover era muy limitado. El momento ruptural no ponía en cuestión el tipo de régimen. Fue sólo después de la crisis de los años treinta que las posibilidades de reforma del Estado liberal-oligárquico se revelaron como ilusorias, por lo que en los años treinta y cuarenta asistimos a rupturas populistas más radicales, como el peronismo en Argentina, el varguismo en Brasil y el MNR en Bolivia.”³⁸

Opinamos que esta ola reformista de las democracias liberales, encaminada hacia la democracia mayoritaria, se vio mejor representada por los cambios importantes de intensificación y extensión de la democracia generados en América Latina en el siglo XX, por la acción de movimientos de izquierda tradicional como el APRA en el Perú, Acción Democrática en Venezuela, Liberación Nacional en Costa Rica, Renovación Nacional y Acción Revolucionaria en Guatemala, el Partido Liberal en Colombia, encabezados por líderes como Víctor Raúl Haya de la Torre, Rómulo Betancourt, José Figueres, Juan José Arévalo y Jacobo Arbenz, Alfonso López Pumarejo y Eduardo Santos, principalmente. Sin embargo, algunos de estos movimientos fueron adversados por EE.UU en virtud de sus posiciones anti-imperialistas y próximas al socialismo, a pesar de que muchos de ellos se apoyaban en el programa político (New Deal) del presidente norteamericano Franklin Delano Roosevelt, en el contexto de la “guerra fría”, luego de la segunda guerra mundial, y por causa del predominio de la obsesión ideológica anticomunista del conservadurismo norteamericano.

No podemos dejar de mencionar en esta evolución de la democracia representativa en América Latina, la pertinente tesis de periodificación del historiador venezolano Germán Carrera Damas con respecto al tema en Venezuela. Según él, este país vivió durante el siglo XIX y parte del siglo XX lo que él ha denominado la *república liberal autocrática*, y sólo a partir de 1945, con la llamada Revolución de Octubre –cuyo liderazgo tuvo Acción Democrática– inició la denominada *república liberal democrática*, con la participación de las mayorías populares marginadas hasta ese momento: las mujeres, los mayores de 18 años en general y los analfabetos. Expresa Carrera Damas: “Los términos República Liberal Autocrática, Dictadura Liberal Regionalista y República Liberal Democrática se caracterizan en función de la vigencia o no, y el pleno ejercicio de la *soberanía popular*, como fundamento de los procedimientos y la práctica de los tres criterios básicos, válidos para calificar el significado democrático de un régimen sociopolítico: *La formación del Poder Público, el ejercicio del Poder Público y la finalidad del Poder Público*. ... La República Liberal Autocrática, caracterizada por el *secuestro de la soberanía popular*, aunque enmarcado formalmente

³⁸ Resultado nuestro. Laclau, Ernesto; *consideraciones sobre el populismo latinoamericano*; Cuadernos del Cendes, Universidad Central de Venezuela; CDS, vol.23.num.63, Caracas 2006; versión On-line ISSN 2443-468X.

en el ordenamiento constitucional liberal, se rige por el ejercicio autocrático del Poder Público. ... La República Liberal Democrática, cuya inspiración se inició en 1945-1946, se caracteriza por el rescate de la soberanía popular y su vigencia plena y ampliada...”.³⁹ Experiencia, como se ha visto, común a muchos países latinoamericanos, porque en casi todos ellos se vivió con la ilusión del liberalismo, pero con la realidad de gobiernos y caudillos militares aliados con la aristocracia nacional o con enclaves de inversionistas extranjeros, que mantuvieron por muchos años el poder real y la estructura oligárquica de la sociedad, hasta la apertura de las democracias representativas a los partidos de masas y a las clases populares que dieron paso a las democracias mayoritarias.

En la vecina Colombia, destacamos la *revolución en marcha* encabezada por el presidente Alfonso López Pumarejo, líder máximo del Partido Liberal de ese país. Se atribuye a este proceso de reformas profundas -dentro del marco democrático- la trascendental modificación de la Constitución Política colombiana en 1936, la Ley de Tierras y las reformas tributaria, educativa y laboral, así como el avance de la intervención del Estado en la economía. Sin embargo, el presidente López Pumarejo insistía en el carácter *modernizador de la democracia liberal* de su gobierno, porque: “Nuestra política es revolucionaria sin ser marxista ni clasista... en modo alguno pretende modificar el orden social existente”. En opinión del profesor Mauricio Plazas Vega, la reforma constitucional de 1936 en Colombia “puede concebirse como síntesis del liberalismo moderno, que se impuso sobre el liberalismo clásico e individualista, al cual cuestionó sin ambages en medio de la necesidad de legislaciones de verdadero contenido social”.⁴⁰

Lo expuesto nos permite afirmar que no se debe confundir el advenimiento de las democracias mayoritarias, en las cuales la democracia representativa se nutre de nuevos significados y apoyos de la población, con el proceso y la ideología populista, que objetan totalmente la democracia liberal por ser antipopular y monopolio de las oligarquías y élites, y plantean su eliminación no su reforma, mediante la implantación de una concepción hegemónica del poder del pueblo, conducida por liderazgos autoritarios y predominio del estatismo. De allí que Laclau haya dicho acertadamente que el populismo implica la *ruptura* con la democracia representativa, aunque el proceso provenga de ella misma. Por eso, el mencionado autor señala que los verdaderos populismos vividos en el siglo XX en América Latina fueron el peronismo, el varguismo y el nacionalismo revolucionario boliviano; a los cuales, con posterioridad, nosotros añadiríamos el régimen militarista de izquierda peruano, liderado por el general Juan Francisco Velasco Alvarado. En el siglo XXI apareció con fuerza una nueva tendencia populista más radical en Latinoamérica, encabezada por el chavismo de inspiración castro-comunista en Venezuela, proyectada en Nicaragua y Bolivia, y con rasgos menos pronunciados en Ecuador, Brasil y Argentina. En todos los casos mencio-

³⁹ Carrera Damas Germán, *Rómulo Histórico*; Editorial Alfa, Caracas, 2013, página 47 y 48.

⁴⁰ Cfr: Plazas Vega, Mauricio; *El Frente Nacional*, Editorial Temis, Bogotá, 2013, página 10.

nados ha habido la preexistencia de democracias representativas mayoritarias, cuyas instituciones no llegaron a satisfacer las demandas populares –perdiendo por esta causa el apoyo de la población– y paulatinamente devinieron en regímenes populistas.

Siguiendo esencialmente la enseñanza del profesor Juan Carlos Rey, nos permitimos distinguir dentro del género de las democracias mayoritarias habidas en Venezuela, las de *carácter radical y partidocrático* (período 1945-1948) de las democracias *pactistas, consensualistas o de conciliación de élites* (período 1958-1998) a las cuales añade Rey, para referirse al caso venezolano, la *democracia participativa y protagónica* del chavismo (a partir de 1999). La primera se caracterizó por el carácter hegemónico del partido de gobierno (Acción Democrática) y su desconocimiento de la opinión de las minorías, de allí su carácter sectario o partidocrático, que afectó su duración; la segunda, continuidad de la primera, aunque fue una democracia de partidos, se caracterizó por las coaliciones partidistas en el gobierno y el reconocimiento de todas las minorías, dando mucho peso al ejercicio consensuado del poder a través de las élites políticas; finalmente, al referirse al período chavista, reconoce que se trata de una democracia simplemente nominal, siendo en realidad un régimen *bonapartista y pretotalitario*, montado sobre el culto al líder y la ideología populista inicialmente, para dar paso luego a un régimen castro-comunista llamado el “*socialismo del siglo XXI*”.⁴¹

Se debe insistir, para cerrar este punto, en que las llamadas democracias mayoritarias conservan no sólo el conjunto organizado de libertades públicas propio del sistema liberal, sino también la compleja organización del Estado de Derecho destinada a limitar el ejercicio del poder público, a lo cual agregan los derechos económicos y sociales y los procedimientos de intervención del Estado en la economía, cuyo objeto primordial es asegurar la capacidad de los sectores menos favorecidos de la sociedad, para participar en pie de igualdad de los beneficios de la democracia representativa liberal. Desde luego que ha habido ejemplos históricos de democracias mayoritarias en los cuales se ha incurrido en excesos de autoridad e intervención en la esfera privada de los ciudadanos, que las han aproximado al populismo y a regímenes pre-totalitarios, debido al grado alcanzado de restricción de las libertades públicas. Pero esto no debe llevarnos a confundir el modelo o forma de gobierno.⁴²

Efectivamente, en los procesos y regímenes populistas se produce un ataque a las instituciones de la democracia representativa, en particular, contra todas aquellas cuyo objeto es la regulación del ejercicio del poder público, como la

⁴¹ Ver: Rey, Juan Carlos; *los tres modelos de democracia venezolana en el siglo XX*, obra citada.

⁴² Como ha dicho la profesora española Adela Cortina, antes citada, que “...lo más curioso, sigue existiendo un amplio consenso verbal sobre la superioridad de la democracia frente a otras alternativas, pues nadie plantea abiertamente la autocracia y el totalitarismo como alternativas deseables. Como se ha dicho con acierto, a los dictadores les gusta parecer demócratas.” Cortina, Adela; obra citada; página 334.

supremacía de la Constitución, la representación política, el principio de legalidad, la separación de poderes, el control parlamentario y la independencia del poder judicial. Ciertamente, el populismo consagra al pueblo soberano –según su particular concepción- por encima de todos los valores democráticos y al líder carismático como su exclusivo intérprete, hasta identificarlos totalmente. Queda así abierto el camino a la autocracia a partir de la superioridad del poder ejecutivo y del poder personal omnímodo del líder, quien no tendrá límites verdaderos al ejercicio de sus poderes en todos los órdenes, porque encarna la voluntad popular, con la posibilidad de crear implícita o explícitamente un nuevo ordenamiento jurídico, desconociendo la separación de los poderes y la distribución de las funciones del Estado, quedando la Constitución y las formas jurídicas como meras fachadas de la voluntad arbitraria del jefe máximo y de sus colaboradores más próximos. En suma, los populismos son anti-institucionales o anti-establecimiento, como ha dicho Müller.

En el lado contrario y no obstante las narrativas detractoras del populismo contra la democracia representativa, incluyendo las de naturaleza mayoritaria por su forma y contenido, la historia demuestra que siempre hubo frenos al poder de los líderes máximos de esa democracia y dentro de ella funcionaron aceptablemente los mecanismos de limitación del poder público. El poder personal de dichos líderes no encarnaba la voluntad popular, aunque gozaran de mucha popularidad, pues los órganos de representación del pueblo –en sentido total- ejercían plenamente sus funciones y la población se expresaba libremente a través de elecciones justas y transparentes. Los partidos políticos y los organismos de la sociedad civil tenían y tienen peso en esa democracia y eran y son vehículos de las demandas de la población, no sólo de las élites y de los grupos de intereses particulares, que siempre han estado presentes y activos en la generalidad de los sistemas políticos. Sería una gran falsedad que líderes como Rómulo Betancourt, José Figueres, Alfonso López Pumarejo, pudieran ser tildados de líderes personalistas o irrespetuosos de las libertades públicas, o que su voluntad personal se impusiera a la voluntad popular expresada a través de la representación plural o que sus partidos hubiesen instaurado gobiernos populistas o definitivamente hegemónicos.

LA DECLINACIÓN DE LA DEMOCRACIA MAYORITARIA EN VENEZUELA

A estas alturas de la exposición, sentimos la necesidad ética e intelectual de evitar la confusión que he observado en muchas opiniones sobre la naturaleza de la democracia venezolana surgida en 1958 y sobre las causas de su lamentable decadencia, sin que ello constituya el objeto del presente trabajo.

La democracia mayoritaria venezolana – calificada por Juan Carlos Rey como pactista o de conciliación de élites- nacida en 1958 con el “Pacto de Puntofijo” y cuyo ciclo histórico cerró en el año 1998, ha sido considerada como populista por algunos respetables autores. Si tenemos en mente las características que

distinguen propiamente a un régimen populista contemporáneo, esencialmente antidemocrático, de acuerdo con la más avanzada doctrina en la materia, no nos es posible compartir esta visión, porque el régimen socio-político que rigió en Venezuela desde 1958 fue una verdadera democracia, aunque marcada por algunos atavismos históricos, que no correspondió a un régimen populista, cuyo núcleo es contrario a las instituciones de la democracia representativa y al Estado de Derecho, con vocación hegemónica y carente de sentido pluralista, con estatismo exagerado y asfixiante, y con liderazgo carismático y autoritario. Como diría Rómulo Betancourt, al referirse a la demagogia, con el propósito de “desarticular el orden social”.

Sin embargo, creemos que su decadencia tuvo su causa en la corrupción de su liderazgo y en el estancamiento de sus instituciones, pero sobre todo en la mentalidad rentista nacional originada por el ingreso petrolero y por el predominio aplastante de políticas distribucionistas por encima de las políticas productivas, que tuvieran sentido de autodeterminación y creatividad, requeridas por el desarrollo independiente del país. Admitimos que ello podría configurar un “estilo populista” o “desviación populista”, de naturaleza primordialmente económica, que llevó al agotamiento y a la incapacidad de satisfacer las demandas de los sectores menos favorecidos por la distribución de la renta petrolera, a lo cual se sumaron las masivas migraciones procedentes de Suramérica y del Caribe, que provocaron un enorme déficit de vivienda y de servicios públicos, que ninguna economía normal del momento podía soportar. Más tarde, este agotamiento conllevó a la ruptura del orden social declinante y a un estado francamente prepopulista, que fue aprovechado hábilmente por la extrema izquierda marxista y la logia militar capitaneada por el teniente coronel Hugo Chávez Frías, lo cual hizo posible el advenimiento del populismo chavista.

CONSTITUCIONALISMO POPULISTA

Aunque parezca un contrasentido, debido al carácter anti-institucional del populismo, algunos autores como Jan-Werner Müller, han sostenido la existencia de una pretendida teoría constitucional populista destinada a fortalecer la relación entre el líder máximo y el pueblo, la cual parte de una fuerte crítica a la democracia representativa, por el manejo mediatizante de la élite de representantes y su alejamiento de la voluntad popular, y manifiesta su preferencia por los mecanismos de la *democracia directa*, como los plebiscitos, los referendos, las asambleas populares, los cabildos, las aclamaciones de la multitud, revocatorias de mandatos, las demostraciones de calle, etcétera.⁴³ Claro ejemplo de ello se encuentra en la “democracia participativa y protagónica” instaurada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, propuesta por Hugo Chávez, en la cual se omite el término democracia representativa, a pesar de que se conserva su

⁴³ Müller, obra citada, páginas 60 y siguientes.

estructura, pero con importantes sesgos de participación popular y ampliación de los poderes de la figura presidencial.

La “democracia participativa y protagónica” del chavismo fue originalmente una combinación teórica del poder constituyente, del principio participativo y de la soberanía y supra-constitucionalidad popular, planteada como *dilema* frente a la democracia representativa y actuada a través de mecanismos plebiscitarios tendentes al establecimiento de un *bonapartismo* centrado en la figura del líder Hugo Chávez. Según las expresiones del profesor venezolano Humberto Njaim y del prologuista de su más conocida monografía sobre el tema, Ramón Escovar Salom, en ella se producían “dos fenómenos simultáneos y contradictorios. Por un lado, hay una oferta constitucional muy enfática de participación, y por la otra, se acumulan en el presidencialismo facultades que lo individualizan en forma desproporcional.” Por ello, Escovar Salom, por su parte, afirmaba categóricamente que la participación en la Constitución de 1999 quedaba realmente convertida en “la coreografía del cesarismo autoritario”.⁴⁴

Según la expresión de Njaim, la participación se convirtió en “un ariete político” contra la representación, dentro del falso dilema entre representación y participación postulado por los redactores de la Constitución venezolana de 1999. Por ello, se descartó el sistema parlamentario y se adoptó un sistema plebiscitario a través de los referendos populares, para propiciar la relación directa del líder-caudillo con su pueblo. “Participación y autoritarismo aparecen como caras de una misma moneda política atractivamente reluciente -enfatisa Njaim- y donde una cara sirve de pretexto y justificación a la otra”. Más bien, dice Njaim, se produce “una deriva de la representación”, donde la asamblea constituyente se apropia –vía representación- de la soberanía popular y la voluntad del jefe del Estado (Chávez) es identificada con la voluntad del pueblo.⁴⁵

Müller parece confirmar lo anterior, al afirmar que los populistas al igual que muchos filósofos de la política invocan los mecanismos de la democracia directa como “correctivos” de los defectos de la democracia representativa, pero esa esperanza termina siendo defraudada por la realidad de los acontecimientos. Opina Müller, con especial referencia a los Estados Unidos, que la discusión sobre los problemas de la democracia ha arrojado mucha confusión entre lo que es el constitucionalismo popular y el constitucionalismo populista, pues el discurso sobre la “participación cívica” y la “movilización social” ha llevado al debilitamiento de las instituciones democráticas liberales, en especial de su poder judicial, y a la proliferación de acusaciones de elitismo y “demofobia” contra dichas instituciones, a las cuales consideran “contrarias a la energía política de la gente ordinaria”.

⁴⁴ Njaim, Humberto, *democracia participativa, retórica y aprendizaje*; trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela; Universidad Metropolitana, Caracas, 2007, páginas 20 y 31.

⁴⁵ Ver: Njaim, obra citada, páginas 67, 77 y 104.

Muchos autores de orientación liberal han observado como característica de los populistas su concepción *flexible* – más bien deleznable- de la constitución política, por su utilización frecuente de las reformas constitucionales para desplazar a las élites gobernantes y lograr contrariamente la perpetuación en el poder de los sustitutos, incluso con la legitimación de la exclusión y persecución de los adversarios políticos a quienes consideran indignos de representar al pueblo y *fuera de la ley*. Después de llegar al poder, los populistas implementan el “poder constituyente” y cambian las instituciones políticas que les protegieron mientras eran opositores, en particular, las reglas electorales y los mecanismos de votación y escrutinio, con el objeto de favorecer la permanencia de sus líderes en el poder. Se apropian de la voluntad constituyente para instaurar sus políticas y ensalzar el carisma de sus líderes.⁴⁶

Desde el punto de vista de los derechos constitucionales, el autor colombiano Carlos M. Herrera nos ofrece un enfoque interesante del populismo constitucional. En oposición con la “dimensión anti-institucional del populismo” sostenida por Ernesto Laclau, porque según él “las instituciones debilitan la estrategia populista”⁴⁷ el populismo si ha tenido históricamente una dimensión constitucional importante. Luego de señalar las constituciones políticas de los gobiernos de Getulio Vargas en Brasil (1934-1937) y de Juan Domingo Perón en Argentina (1949), las cuales incorporaron con amplitud los *derechos constitucionales sociales* y su garantía efectiva a través de una fuerte intervención del Estado, con la finalidad de ir a un nuevo orden que superara el constitucionalismo liberal democrático, con apoyo fundamental en la restricción de la propiedad privada y de la libertad económica y en la fuerza del sindicalismo laboral, con un tipo de gobierno cercano al corporativismo mussoliniano, pero sin el carácter totalitario de este último.

Reconoce Herrera la diferencia entre estos dos casos históricos y las experiencias de “proyectos de modernización social e institucional motorizados por

⁴⁶ Una visión similar nos la proporciona el jurista y académico venezolano Román Duque Corredor, quien siguiendo al autor Mark Tushnet, identifica el fenómeno de la manipulación autoritaria del derecho constitucional como “Constitucionalismo Autoritario”, en los términos siguientes: “Es una forma de ejercer el poder basada en una constitución de corte democrático, que en lugar de limitar el poder del Estado y permitir el ejercicio del poder a las personas sin poder, es utilizada práctica e ideológicamente con fines autoritarios. Surge entonces la impresión de que este constitucionalismo autoritario es un absurdo o un contrasentido, porque, por contraste, constitucionalismo es limitar el poder y empoderar a los sin poder”. Añade este autor que esta concepción: “sirve para entender y denunciar las inconsistencias entre los derechos, la separación de poderes y los valores democráticos que contiene la Constitución, y las funciones democráticas previstas en la misma y el discurso interpretativo que construye un constitucionalismo autoritario”. Duque Corredor, Román; *constitucionalismo autoritario. La destrucción del Estado social y democrático de derecho con constituciones democráticas. El canibalismo constitucional*. Fundación Alberto Adriani-Bloque Constitucional. Caracas, 2017, páginas 6 y 7.

⁴⁷ Herrera, Carlos M.; *populismo y derechos*; en *Populismo v.s Republicanismo*, obra colectiva citada, páginas 295 y siguientes.

los sectores avanzados de las élites burguesas de otros países latinoamericanos”, entre los cuales destaca a Uruguay y Colombia, lo cual coincide con nuestra apreciación sobre el advenimiento de las democracias mayoritarias, antes comentado, con el añadido de Herrera de que ambos procesos terminaron por la crisis de las instituciones republicanas en esos países y la aparición de fenómenos populistas, que luego de la llegada al poder por vías no electorales, promovieron reformas constitucionales populistas.

“El populismo constitucional –continúa Herrera- manifiesta la especificidad de otra vía de reconocimiento de derechos e institucionalización de políticas sociales”. Aunque los derechos sociales ya aparecían en las constituciones políticas de la democracia liberal mayoritaria, el populismo denuncia el carácter meramente retórico de esas constituciones y se jacta de dar valor positivo a esos derechos obtenidos por la “interpelación popular”, en un contexto de alta movilización obrera o social. Se hacen exhaustivos los textos constitucionales en el reconocimiento de los derechos de las clases desamparadas. Según Herrera, el populismo expande la “ciudadanía social” y de la mano del líder máximo es encumbrada por encima de la ciudadanía individual. Los derechos sociales pasan a ser los derechos del pueblo, noción o nueva identidad que no incluye a toda la población, en una especie de impulso igualador del constitucionalismo populista.

En este sentido, para el populismo es más importante cómo se perciben los derechos sociales del pueblo que la perfección técnica de su redacción en los textos constitucionales, por aquello de “la manera de operar performativa del populismo”, que explicaba Laclau, en la cual se privilegia la impronta efectiva que deja la acción sobre la mente colectiva.

Para el populismo es importante el constitucionalismo, “el discurso populista, al menos en los procesos latinoamericanos, de Vargas a Chávez, ha buscado su constitucionalización, una aspiración que tiene que ver no sólo con lo político, sino con la ocupación del espacio estatal, en un combate por la legitimidad”.⁴⁸ Es la consagración formal y simbólica de la hegemonía. Pero, por otra parte, “los derechos sociales moldean el discurso constitucional populista, incluso de manera más general, el discurso peronista estaba saturado de referencias a los derechos, como la célebre admonición de Eva Perón: *donde existe una necesidad nace un derecho*, y también la marcha peronista hablaba de aquellos *principios sociales que Perón ha establecido*”.⁴⁹ Afirmaciones que revelan la génesis de los derechos sociales, que primero pasaban por el reconocimiento del líder, como “derechos para-jurídicos” -pero efectivos- y luego eran llevados a las normas constitucionales.

En relación con América Latina y en particular con Venezuela, las constituciones políticas siempre han sido una especie de *fetiché legitimador* de los Estados surgidos luego del proceso de emancipación colonial. Mucho se ha escrito

⁴⁸ Herrera, obra citada, página 306.

⁴⁹ Herrera, obra citada, página 308.

sobre el pasado caudillista de las repúblicas latinoamericanas y de su asociación con los principios liberales destinados a dar fachada a gobiernos sustentados en el poder personal y militar de los caudillos. Aunque el fenómeno populista que estudiamos es contemporáneo, podría ayudarnos a la comprensión de su utilización del constitucionalismo el uso que en el siglo XIX y parte del siglo XX se hizo de las formas constitucionales liberales, a pesar de encubrir verdaderos regímenes de fuerza.

Con el objeto mencionado, acudimos –como en anteriores ocasiones- a las sabias palabras de Augusto Mijares, historiador venezolano que admiramos, quien decía: “Nadie se ha atrevido en América Latina a presentarse al desnudo como un déspota, ni ninguno de nuestros caudillos ha querido admitir que viola las leyes deliberadamente; significativo pudor o hipocresía, de los cuales podría decirse que son a su manera, un acatamiento del crimen a la virtud... a los propios déspotas los intimida no pocas veces la presión moral colectiva y el recelo que los sobrecoge y la violencia que emplean cuando comienzan a colocarse fuera de ese imperativo (moral) nacional, son pruebas de que aún para su oscura conciencia existe un límite que no han debido trasponer...”⁵⁰ Esta reflexión explica por qué los caudillos siempre anteponían reformas constitucionales a sus propósitos continuistas o a la adopción de muchas iniciativas de torvos objetivos.

El autor venezolano Miguel Vásquez usa –precisamente- la metáfora del fetiche constitucional para explicar el desarrollo del proyecto populista venezolano, conducido por Hugo Chávez desde los años finales del siglo XX y la primera década del siglo XXI. *La refundación de la República* y el instrumento de *la asamblea constituyente* de 1999 fueron el *Caballo de Troya* del chavismo para penetrar en la democracia representativa liberal que regía en Venezuela desde el año 1958, derrocar los partidos políticos, echar abajo las bases del poder establecido e instaurar una nueva hegemonía populista destinada a construir un nuevo orden político, social y económico. Según Vásquez, “la Constitución se concibe como el vehículo promotor de la transición entre un Estado liberal y un Estado ‘popular’ que privilegie formas colectivistas y de organización política distintas a las formas liberales de organización y de intercambio económico, como lo serían la propiedad o el partido político”.⁵¹ Nos dice Vásquez que Hugo Chávez utilizó con éxito la herramienta constitucional para legitimar el paso de un Estado liberal democrático, representado en la Constitución de 1961, a un Estado iliberal o híbrido, según la terminología de Zakaria, en el cual -bajo las formas liberales- se conservó el mecanismo eleccionario apoyado en la popularidad de Chávez, pero se impuso la concentración y dependencia de poderes y una férrea estructura legal y fáctica de control económico, comunicacional y social, configurando un

⁵⁰ Mijares, Augusto; *la interpretación pesimista de la sociología hispano americana*; Obras Completas, Tomo II, Monteávila Editores, Caracas, 1998, página 158.

⁵¹ Vásquez, Miguel; *la herencia de la modernidad en la Venezuela del siglo XXI. Estados híbridos y fetichismo constitucional*. En *Populismo v.s Republicanismo*, obra citada, página 171.

proceso de populismo transicional. Así, siempre invocando la Constitución de 1999, cuyo pequeño ejemplar azul blandía en la mano, Chávez afirmaba: “dentro de la Constitución todo, fuera de ella nada”.

Con esa Constitución, se hizo otorgar más de cuatro habilitaciones para legislar ejecutivamente, haciendo inútil la existencia de un poder legislativo autónomo. Así logró Chávez mantener la estabilidad de su régimen arrollador de libertades públicas por muchos años, disfrutando del reconocimiento internacional. Sin embargo, cuando pretendió usar este mismo mecanismo de reforma constitucional para pasar al *Socialismo del siglo XXI* en el año 2007, fue derrotado en el referéndum plebiscitario destinado a imponer el régimen socialista, aunque sí pudo obtener con un proceso electoral dudoso la modificación constitucional para imponer su reelección indefinida. Esta derrota lo obligó a imponer el socialismo en forma inconstitucional y con gradualidad, con el auxilio de un Tribunal Supremo complaciente –designado arbitrariamente– que validaba todas las violaciones de la Constitución vigente, desarrollando un genuino constitucionalismo autoritario, hasta llegar al régimen marxista-leninista de Nicolás Maduro, en el cual se acude con frecuencia a los estados de excepción de larga duración.

El populismo chavista

Lo precedentemente expuesto, nos permite afirmar que el teniente coronel Hugo Rafael Chávez Frías encabezó con éxito en Venezuela un movimiento político típicamente populista, el cual dio lugar a una praxis y a una forma de gobierno de naturaleza absolutamente populista, no obstante que la formación ideológica de Chávez tuvo desde el inicio una inspiración marxista, envuelta en un relato particular y sesgado de la historia nacional y en la posesión de los símbolos más resaltantes de la Patria. El plan chavista comenzó con la auto-denominación de proyecto bolivariano, luego paso a llamarse proceso bolivariano, posteriormente revolución bolivariana, socialismo del siglo XXI, y finalmente revolución socialista. En esta derivación nominal se reveló el carácter transicional del populismo chavista, el cual siempre desconcertó a sus críticos y opositores por su ambigüedad programática y sincretismo ideológico, lo cual, desde una visión actual, ha permitido desentrañar el verdadero objetivo enmascarado del propósito revolucionario, que no ha sido otro que el de la izquierda marxista más radical y subversiva.

La ideología de Chávez ha sido calificada por muchos como amalgama, mezcla, “putpurri” o ensalada. A pesar de las apariencias, compartimos la idea de que el populismo fue el camino utilizado por un líder marxista-leninista para vencer la resistencia a los totalitarismos del siglo XX. Como ha dicho Luis Salamanca: “El socialismo ha sido más importante en la historia ideológica del país de lo que a veces se piensa... Del socialismo y contra el socialismo nacieron las principales corrientes ideológicas que darían lugar a los principales partidos políticos venezolanos, que marcaron sin duda el modelo de país construido en el siglo XX... La experiencia socialista del siglo XX en Venezuela dejó dos grandes corrientes: el socialismo marxista –pro-soviético y castrista– y el socialismo

democrático –anti-soviético y anti-castrista- cada uno con sus diversas especies”. El chavismo –en su núcleo- no es una excepción, es parte del socialismo marxista venezolano y Chávez se formó en esa ideología, pero “*la crisis del socialismo real lo obligó a buscar una vía endógena para plantearse la actividad revolucionaria en un mundo post-soviético*”.⁵²

Guillermo Avelado Coll, nos explica el camino ideológico seguido por el chavismo como “una amalgama del proyecto crítico ante el neoliberalismo de la década de los noventa con símbolos históricos del nacionalismo venezolano, especialmente la asunción del bolivarianismo tradicional y su crítica al pluralismo político. Chávez tiene –tuvo- la conciencia de que un proyecto aparentemente ortodoxo de izquierda es inconducente a la toma del poder en el contexto de la post-Guerra Fría y la disolución de la URSS, por lo que enfatiza su carácter personalista y populista, así como cierta indefinición ideológica que no niega su carácter radical”.⁵³ En efecto, como expresamos con anterioridad, el temor que despierta en la humanidad los desaparecidos regímenes totalitarios del siglo XX, ha obligado a todas las tendencias marxistas afines al imperialismo soviético o chino a encubrir sus verdaderos proyectos para organizar la sociedad e imponer un perfil de ser humano (hombre nuevo revolucionario), así como también a los grupos autoritarios de derecha cercanos a los ejemplos históricos del fascismo italiano y del nazismo alemán, con el objeto de evitar el rechazo por parte de la gente a la cual aspiran conquistar, entre los cuales destacan los militares. Por consiguiente, nada más conveniente a los fines de esas tendencias que ocultar su proyecto final en el envoltorio de un mensaje populista radical, que abarque la mayor suma de descontento social y repudio a las élites gobernantes. Su mensaje original será entonces esencialmente policlasista, reivindicativo, militarista y anti-oligárquico. Más adelante, una vez afianzado en el poder, Chávez adopta el feroz lenguaje anti-imperialista y anti-norteamericano del castro-comunismo, con lo cual da un sentido internacional a su discurso confrontacional permanente; e igualmente, comienza a hacer pública su alianza con el gobierno cubano.

Chávez levanta su movimiento político sobre la dicotomía clásica del populismo, “simplificación del espacio político” que contrapone en modo conflictivo al pueblo contra la oligarquía y las élites gobernantes. El pueblo “no es el conjunto de los habitantes del país, sino un sector muy concreto de la sociedad. Consistiría casi exclusivamente en la población de los sectores populares, es decir, con especial preferencia de aquellos sectores sociales explotados y excluidos perennemente, por los elementos invasores, colonizadores, ajenos a éste y pertenecientes a la burguesía, la oligarquía y el imperialismo; el imperialismo y sus megacorporaciones monopólicas transnacionales. El pueblo es racial y cultural-

⁵² Citado por Avelado Coll, en su obra citada infra, página 30; también el mismo Salamanca, en su obra citada, página 62.

⁵³ Avelado Coll, Guillermo; *los fundamentos ideológicos del sistema político chavista*; en Desarmando el Modelo. Las Transformaciones del Sistema Político Venezolano desde 1999, obra colectiva coordinada por Diego Bautista Urbaneja, Caracas 2017, página 35.

mente distinto de la oligarquía”. Así construye una nueva “identidad chavista” del pueblo,⁵⁴ de la cual Chávez es verdadero *agente constituyente*, como afirma Urbaneja, antes citado. Según Salamanca, “Chávez jugó con elementos clasistas y no clasistas, incluso habló de una propia burguesía o empresariado fiel al proceso”, lo cual provocó incongruencias y contradicciones en su conducción, como por ejemplo, el surgimiento de una nueva burguesía, o unos nuevos ricos, al amparo de los negociados, las corruptelas o simpatías con el chavismo” hasta el punto de “ostentar un nuevo nivel de vida adquirido en la lucha revolucionaria”.⁵⁵

Chávez adoptó como parte de la ideología de su movimiento un “historicismo militarista”, mediante la construcción de un relato donde los militares –el Ejército Libertador– eran la columna vertebral de su partido, tanto que el verdadero *sujeto* de la “Revolución” siempre fueron los militares o “el pueblo en armas”. Se trataba de un “vanguardismo militarista... (el cual) era además personalista, centrado en una figura que creció desmesuradamente por encima del partido y del mismo Estado... El modelo de Chávez dependió de una persona y ella era la vía para depender del Estado: terminó siendo la versión más profundamente personalista y estado-céntrica habida en América Latina. Después de Cuba”.⁵⁶

Chávez aprovecha en su beneficio “la desconexión entre el proyecto político democrático-representativo y su supuesta base social, toda vez que los grandes partidos históricos perdieron arraigo en las mayorías populares”, y el sustrato latente de racismo que había en la población, que la democracia había logrado atemperar y reducir, reemergió con Chávez, quien logró exacerbarlo y convertirlo en una *autodefinición racial* del chavismo, donde este último ocupó el lugar que los *pardos* (negros, mulatos, zambos, etc.) e indios desempañaron en la guerra por la independencia.⁵⁷ Según Chávez este pueblo ancestral estaba muerto y resucitó con él, el pueblo se reconstruiría a partir de él, puesto que había estado ausente en la historia pre-chavista, desde los tiempos del Libertador Simón Bolívar, de quien Chávez pretendió ser la reencarnación. Por eso, con él comenzó la “resurrección” del pueblo de Bolívar y una nueva etapa de la historia de Venezuela, la llamada por él Quinta República. Lo cual no dejaba de ser irónico, según han anotado los historiadores, porque Bolívar perteneció a la clase más alta de la colonia española, los *mantuanos*.

Es importante advertir que Chávez propició la masificación intensiva de la población que le seguía, hasta conectar directamente con la masa y provocar su fácil movilización. Para ello, se dedicó a destruir o desconocer los llamados *cuerpos intermedios* de la sociedad -principales vehículos de opiniones, solicitudes y reclamos- que se habían desarrollado ampliamente con la democracia representa-

⁵⁴ Aveledo, Guillermo, obra citada, página 40.

⁵⁵ Ver: Salamanca, Luis; obra citada, página 58.

⁵⁶ Ibid, página 59.

⁵⁷ Sucre, Ricardo; *la amenaza social y el autoritarismo en Venezuela*; citado por Salamanca, obra citada, página 41.

tiva, como habían sido los partidos políticos tradicionales, los sindicatos de trabajadores, los gremios profesionales, las organizaciones vecinales, etcétera, para montar una red altamente politizada con el signo masificador de su movimiento, como fueron los llamados “*círculos bolivarianos*”, que imitaban a los Comités de Defensa de la Revolución cubana, posteriormente sustituidos progresivamente por los consejos comunales, las unidades de batalla electoral y los comités locales de abastecimiento y producción, que eran vehículos de la movilización y acción política directa, y el campo ideal para la siembra de clichés, simbolismos, conjuros mágicos y sobre todo del liderazgo carismático. Según Manuel Rachadell: “Estos *círculos bolivarianos*, hoy venidos a menos, en sus inicios pretendieron cumplir un papel similar a los Comités de Defensa de la Revolución cubana”. Su máximo dirigente era el mismo Presidente de la República y su sede principal el Palacio de Miraflores. De manera que no eran vehículos de la población sino del líder.⁵⁸

Como parte del proceso de masificación antes mencionado, el régimen chavista inventó y puso en uso coercitivamente un lenguaje propio y reiterativo, lo que algunos autores han calificado como la “neo-lengua del poder” y otros el “pensamiento confuso”, modalidad de pensamiento conversivo que trastorna el significado de las ideas y realidades a la manera de la propaganda nazi o comunista, provoca un condicionamiento psíquico de dominación y funge como instrumento eficaz para dividir, glorificar, engañar y confundir. Así, la dictadura pasa como democracia, los decretos como leyes, el libertinaje como libertad, la discriminación como igualdad, la venganza como justicia, la raza como patria, la secta como pueblo, el odio como amor, la guerra como paz, los adversarios como enemigos y traidores, el caudillo como líder eterno o galáctico, los chavistas como los buenos hijos de la patria, etcétera.⁵⁹

Chávez siempre tuvo en mente que su movimiento era revolucionario, pues estaba destinado a cambiar las bases del poder, para dar paso y empoderar a su pueblo (los “excluidos”) y a los militares (su Fuerza Armada, previa destrucción de la que existía). Sin embargo, como se ha dicho, la Revolución Bolivariana no aparece inmediatamente en la nueva Constitución de 1999, así como tampoco la palabra socialismo, la Constitución proclama la “democracia participativa y protagónica” -con supresión del calificativo representativa- pero conserva la estructura institucional de la democracia representativa, con el designio de lograr lo antes posible la concentración del Poder Público en el poder presidencial y anular paulatinamente la separación e independencia de los poderes constitucionales, mediante el poder constituyente, la participación del pueblo chavista y la soberanía popular supraconstitucional. Aunque aseguró en el vientre de ciertas disposiciones del texto constitucional, las posibilidades de ensanchar el poder

⁵⁸ Cfr: Rachadell, Manuel; Obra citada, página 168.

⁵⁹ Ver: Canova, Antonio; Leáñez. A, Carlos; Graterol, Giuseppe; Herrera, Luis. A; Matheus, Marjuli; *la neolengua del poder en Venezuela*; Editorial Galipán, Caracas, 2015.

del Presidente de la República, la sujeción de la Fuerza Armada a su voluntad, la multiplicación de los derechos sociales constitucionales y la derivación de las competencias del Poder Público hacia organizaciones colectivas o comunitarias que se crearen en el futuro. Todo ello con el impulso de su liderazgo carismático, que llegó a ser aplastante, lo cual le permitió una gran acumulación de poder personal y mantener por varios años un régimen híbrido, mezcla de autoritarismo napoleónico con democracia mayoritaria radical.⁶⁰

A partir de 2003, el gobierno de Hugo Chávez convierte a Venezuela en un “PetroEstado” y se apodera completamente de la renta petrolera –en un arranque patrimonialista- e impone cargas sociales directas a la industria de los hidrocarburos para financiar su programa intensamente *distribucionista*; la renta petrolera se coloca “a la orden del líder”, como sostuvo Diego Urbaneja: “...a partir de 1999, y sobre todo a partir del año 2003, los precios del petróleo tomaron un ascenso tal que la válvula rentística se abrió de nuevo y con fuerza inusitada... No será necesario un pacto político social –como el de la democracia representativa que rigió al país desde 1958- al que nadie deba aportar nada de particular. Simplemente, un Estado cuyo proceso de toma de decisiones se hace cada vez más concentrado y personalizado abre las espitas de la distribución directa de la renta. Desde allí se pone en marcha un proceso de distribución directa de la renta hacia sectores populares y se financia del mismo modo un sector de actividad económica estatal y social, con elementos de discriminación política en lo que sea posible y/o necesario.”⁶¹

En esa onda distribucionista, se crean muchos organismos públicos de todo orden y las “misiones” –programas para-administrativos, para-fiscales y para –presupuestarios- para atender discrecionalmente, con rapidez y abundancia, las demandas de su electorado. Contemporáneamente, el gobierno chavista asume una política de reducción y debilitamiento del sector privado o independiente de la economía nacional y promueve la expansión de un empresariado clientelar, con el objeto de dominar la base económica de la oposición política. Con este último propósito, se incrementa exponencialmente la intervención en la economía, para asfixiar y controlar la potencial oposición de los empresarios al programa econó-

⁶⁰ De acuerdo con la opinión de José Ignacio Hernández, el populismo chavista se despliega en dos etapas: “...en una primera etapa que puede ubicarse entre 1998 y 2006, la estructura jurídica del Estado fue un importante elemento de legitimación del sistema político venezolano, tal como quedó expresado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada en 1999, en el marco de un inédito proceso constituyente. En una segunda etapa, que ubicamos entre 2007 y 2012, la estructura jurídica actuó como instrumento de relegitimación del sistema político, tal y como quedó plasmado en el Proyecto de Reforma de la Constitución aprobado en 2007 y rechazado en referendo aprobatorio, pero luego implementado a través de diversos actos que han dado forma al Estado Comunal”. Ver: Hernández, José Ignacio; *la estructura jurídico-estatal de sistema político venezolano en el siglo XXI*; en Desarmando el Modelo... obra colectiva ya citada, páginas 151 y siguientes.

⁶¹ Cfr: Urbaneja, Diego Bautista; *la renta y el reclamo. Ensayo sobre petróleo y economía política en Venezuela*; Editorial Alfa, Caracas, 2013, página 355.

mico. En especial, nos referimos al dictado incesante de “*leyes criminógenas*”, concepto propuesto por el penalista venezolano Tulio Chiossone, “para calificar a aquellos decretos y leyes que por su irracionalidad e imposible cumplimiento, convierten en delincuentes a los ciudadanos correctos”. En lo que toca al tema, son normas cargadas de prejuicios ideológicos y dogmas económicos que criminalizan conductas naturales de los sujetos productores, como el fin de utilidad y la libre competencia, ataque que se ha desbordado con la práctica oficial demencial y voluntarista del control de cambios, del control de precios y de las expropiaciones y confiscaciones masivas.⁶²

Para compensar el derrumbe de la economía y el desgaste electoral, provocado por la política económica populista inicial, el chavismo improvisa las *misiones*, lo cual dio al Estado la apariencia de “una inmensa red distributiva, cuyo objetivo era ampliar la base política del presidente”. Según la opinión de Spirito: “Las misiones constituyeron antes que cualquier otra cosa, los canales principales de esa red clientelar. Eran instrumentos de movilización y control político en lugar de ser programas neutrales de largo plazo para combatir la pobreza”. El mismo Spirito, con visión económica, nos dice: “Populismo es entonces distribución, sin consideración de otros mecanismos de generación de riqueza, especialmente del mercado. Es por ello que sus épocas de mayor auge se han dado en medio de bonanzas económicas, causadas por el aumento de las materias primas, como los que tuvimos en la posguerra y a partir de los primeros años del siglo XXI... El clientelismo político, es decir, la creación de redes para distribuir prebendas a cambio de obediencia política, es su principal herramienta, como vemos en el caso venezolano”.⁶³ Se incrementa la “adhesión utilitarista” al sistema de la población, ante el desgaste de la identidad ideológica, como diría Juan Carlos Rey.

El gobierno chavista buscó constantemente la legitimación formal de su creciente autoritarismo con la denominación constitucional de “Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia”, haciendo prevalecer en su interpretación de la Constitución el peso de la justicia sobre el derecho, con invocación de la democracia participativa y protagónica y la voluntad soberana del pueblo, para relativizar el valor positivo de las normas constitucionales y legales en favor de los intereses del gobierno y la discrecionalidad del poder público. Este mecanismo interpretativo e integrativo es complementado con la cooptación – secuestro, según otros- del Tribunal Supremo de Justicia, llevada a cabo con el aumento del número de sus integrantes y el desconocimiento de los procedimientos consti-

⁶² Acedo Sucre, Carlos Eduardo; *populismo, controles de cambios y de precios, nacionalizaciones y estatizaciones*; comunicación presentada al X Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas, Madrid 22-24 de noviembre de 2018. Urbaneja añade: “El cerco jurídico, político ideológico a las empresas privadas las condena a situaciones económicas o laborales críticas, lo cual da justificaciones para su expropiación y nacionalización”. Cfr: Urbaneja, Diego Bautista; obra citada, página 389.

⁶³ Spirito, Fernando; *Hugo Chávez y el populismo del siglo XXI en Venezuela*; en Desarmando el Modelo...obra citada, páginas 122 y 141.

tucionales para la elección de los magistrados, lo cual desemboca en la desaparición de la independencia e imparcialidad de ese Tribunal y del poder judicial en su totalidad. También es coadyuvante de este mecanismo de legitimación, la ampliación tanto de las facultades presidenciales mediante el dictado de leyes habilitantes para legislar ejecutivamente, como la progresiva auto-atribución de competencias por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En relación con esto último, dijimos en otra ocasión: “el gobierno revolucionario se apoyó hábilmente en el poder reconocido por el constitucionalismo contemporáneo a los tribunales o cortes constitucionales en el mundo occidental civilizado, el cual supo poner a su servicio luego de tomar el control absoluto de la instancia judicial suprema, para avanzar hacia la mayor concentración de poderes que haya habido en Venezuela y cambiar el régimen político, sin necesidad de utilizar la vía de reformar la Constitución”.⁶⁴

A partir del año 2007, y como consecuencia de su reelección en 2006, Chávez plantea su proyecto de nueva constitución socialista, vía reforma constitucional, con la incorporación del llamado Poder Comunal y la propiedad social, además de proponer la reelección indefinida de los cargos de elección popular. Se lee en la Exposición de Motivos de la nueva Constitución: “Dejar atrás la democracia representativa para consolidar la democracia participativa y protagónica; donde se contemple la insurgencia del poder popular, como hecho histórico necesario en la construcción de la sociedad socialista del siglo XXI”.⁶⁵ Según Rachadell, en la propuesta de Reforma Constitucional se incluían: “...los conceptos de socialismo, del Poder Comunal, de una nueva Geografía del Poder, de la propiedad social, de la supresión de la libertad de industria y comercio, del centralismo y de la planificación centralizada, de la desvalorización de los Estados y Municipios, del fin de la autonomía del Banco Central de Venezuela, la conformación de una fuerza armada partidizada, de la reelección indefinida por períodos de siete años, entre otros... Pero el fracaso del proyecto de reforma constitucional llevó al régimen a tratar de instaurar su modelo (¿intermedio?) con leyes, decretos leyes y vías de hecho, desprendiéndose cada vez más del texto de la Ley Fundamental, con la bendición de la Sala Constitucional, el órgano precisamente encargado de garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, según lo proclama el artículo 135 de la Constitución”.⁶⁶ La propuesta de nueva Constitución es rechazada por el voto directo de la población, pero a través de

⁶⁴ Ver: Hernández, José Ignacio, obra citada, página 165. Delgado, Francisco; *la idea del Derecho en la Constitución de 1999*; Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008, páginas 11 y siguientes. También: Ruan Santos, Gabriel; *el secuestro del tribunal supremo de justicia en Venezuela*; comunicación presentada al I Encuentro de Academias Morales y Políticas de Iberoamérica, en Actas del I Encuentro de Academias Morales y Políticas de Iberoamérica, 16-18 de octubre de 2017, Madrid, Páginas 159 y siguientes. Este trabajo es contemporáneo de la tesis sobre constitucionalismo autoritario expuesta por el académico Román Duque Corredor, antes citada.

⁶⁵ Cfr: Hernández, José Ignacio, obra citada, página 169.

⁶⁶ Rachadell, Manuel, Obra citada, página 317.

una nueva reforma constitucional puntual en 2008, logra implantar la reelección indefinida, con violación substancial y procedimental de la Constitución de 1999, para consolidar su permanencia y la de su partido en el poder, con el auxilio del Consejo Nacional Electoral, organismo que había dejado de ser imparcial e independiente, para pasar a ser un instrumento dócil del gobierno.

Ante la frustración de la reforma constitucional socialista, Chávez inició lo que llamó el “Primer Plan Socialista” 2006-2013, implementando su ejecución a través de leyes inconstitucionales, decretos ley y sentencias “normativas” de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Los objetivos de dicho Plan fueron la organización del Estado Comunal y del Poder Popular, figuras que implicaban el desmontaje de la estructura de la democracia representativa y federal, para dar paso a un ordenamiento político paralelo al orden constitucional de la República, de carácter central, vertical e ideológico. Paulatinamente, la original Constitución chavista dejó de serlo, para ser tomada como bandera por la oposición, quien vio en su preservación la salvación del Estado de Derecho. El gobierno de Chávez se caracterizó por el ensayo permanente y voluntarista a lo largo del período. Según Salamanca: “Un constante ensayo y error, un permanente ir y venir, un hacer y un deshacer, hasta que logró una fórmula que parecía permanente: la idea de una sociedad comunal, con la comuna como célula básica de la organización de la población y los consejos comunales como un mecanismo controlado de *participación* popular... En todo caso la participación popular iba por donde Chávez quería que fuera”.⁶⁷

A este respecto, es ilustrativo el juicio de José Ignacio Hernández, quien ha sostenido que el llamado Estado socialista comunal se impuso en contra de la Constitución de 1999, así: “Ciertamente, la concentración de funciones en la Presidencia de la República, como signo constante del sistema político venezolano desde 1999 hasta 2012, no fue consecuencia directa de la Constitución, sino que fue resultado de la violación de esa Constitución, principalmente por la subordinación política del Poder legislativo al Poder Ejecutivo. Esto permitió, primero, el control político sobre el Tribunal Supremo de Justicia, y a partir de allí, el control político sobre el Poder Electoral y Ciudadano. Tal subordinación política fue consecuencia, se insiste, de la violación de la Constitución”.⁶⁸ Quedaba así en evidencia el abandono de la Constitución de 1999 por el mismo Chávez, pues ya no le servía para su propósito de dominación y su conversión en bastión libertario de quienes adversaban su régimen.

En la etapa socialista del gobierno chavista, regida por el llamado “Plan de la Patria”, se crean una serie de estructuras dependientes jerárquicamente de la Presidencia de la República para dar vida al Estado Comunal y al Poder Popular y reorganizar la sociedad venezolana con alcance total, entre las cuales destacamos la comisión de planificación central, los comités locales de planificación, la

⁶⁷ Cfr: Salamanca, Luis; obra citada, página 80.

⁶⁸ Cfr: Hernández, José Ignacio, obra citada, página 188.

revolución cooperativista, los comités de tierras urbanas, las unidades de batalla electoral, las milicias chavistas, los consejos comunales, las comunas y las ciudades comunales, la economía comunal, las empresas de propiedad social, la contraloría social y una constelación de nuevas organizaciones paralelas destinadas al control de la población. En este proceso de transformación, destaca la llamada “nueva geometría del poder”, consistente en una nueva organización político-territorial-militar sobrepuesta a la organización político-territorial establecida en la Constitución, representada por las Zonas de Defensa Integral y las Regiones de Defensa Integral (las ZODI y las REDI) a cargo de un alto mando militar descentralizado y comandado centralmente por el mismo Chávez. Después de la muerte de Chávez y la asunción de Nicolás Maduro se han creado los Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAPS) y el Carnet de la Patria (tarjeta de racionamiento) instrumentos destinados al control y administración de la distribución de los bienes esenciales escasos entre los funcionarios públicos y los pobres, fuertemente golpeados por el fenómeno de la hiperinflación, pero sobre todo para mantener la lealtad de los seguidores.

En forma contemporánea con la creación de las estructuras del Estado Comunal, antes comentadas, el régimen chavista-madurista ha impulsado la *desinstitucionalización* desde el mismo Estado. En efecto, desde el gobierno se ha tratado de desmontar la igualdad jurídica, los mecanismos de equilibrio de pesos y contrapesos de la democracia representativa y las garantías de la libertad ciudadana. Se ha desmontado el control jurisdiccional del poder, con repercusiones deletéreas en la seguridad jurídica y en el Estado de Derecho, mediante la cooptación de todos los órganos de justicia y orden público por parte del Poder Ejecutivo; así como también la persecución penal de los adversarios del régimen. Se ha impuesto la concepción del “derecho penal del enemigo”. Se ha desmontado el control externo del respeto a los derechos humanos, con la denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de Estados Americanos. Se ha desmontado el derecho de propiedad privada y la libertad económica, en perjuicio de la producción, los servicios públicos y el empleo estable. Se ha desmontado el sistema federal y descentralizado consagrado en la Constitución, para centralizar los recursos públicos y las instancias políticas y administrativas. Se ha desmontado el sistema de control público presupuestario y monetario, se eliminó la autonomía del Banco Central de Venezuela, y los procedimientos de control fiscal son aplicados solamente a los adversarios del gobierno, lo que ha facilitado el latrocinio de los bienes del Estado. Se ha desmontado la imparcialidad y no beligerancia de la Fuerza Armada, para destruir su doctrina y su jerarquía y convertirla en el brazo armado de la Revolución y en el partido político más importante del país; a lo que se añade la creación de la Milicia de seguidores del gobierno, como estrategia para armar a los civiles afectos al chavismo-madurismo. Se ha desmontado el derecho al sufragio, con la práctica desaparición del voto directo, universal y secreto y la sumisión al gobierno del Consejo Nacional Electoral, supuesto árbitro imparcial de elecciones. Se han desmontado las libertades de expresión y de información, mediante la llamada

hegemonía comunicacional, con la compra, expropiación o cierre de medios de prensa de todo tipo, con la monopolización y retención del papel de periódico, con la intervención en las redes, con el enjuiciamiento y encarcelamiento de los dueños de los medios y de los comunicadores sociales.⁶⁹

A nuestro juicio, con la pérdida progresiva del poder económico estatal por causa de la caída indetenible de los precios internacionales del petróleo, el Petro-Estado venezolano y la Revolución Bolivariana de Hugo Chávez comenzaron a abandonar el populismo bonapartista y distribucionista para entrar en la fase netamente socialista y marxista-leninista del régimen, caracterizada por el reforzamiento del estatismo, la depuración de la Fuerza Armada, el retraimiento y recesión de la economía privada, la hegemonía del partido único, la restricción agresiva de las libertades públicas, la recentralización total de las instancias de poder, la mayor intervención militar en el régimen, y el aislamiento internacional del país. Esta transición dentro del régimen se hace profunda con la desaparición del líder máximo, carismático y popular, a partir de la presidencia del sucesor Nicolás Maduro, quien desprovisto del poder económico y del carisma que disfrutó Chávez, con un país en el caos económico, se vio obligado a implantar un régimen policial y militarista de naturaleza dictatorial y totalitaria, con la guía y asistencia de la dictadura cubana de los hermanos Castro y de organizaciones criminales internas e internacionales, con la finalidad de conservar el poder. De aquí en adelante, el derrumbamiento de las instituciones democráticas y la instauración de un régimen *stalinista* han sido explícitos y conocidos por todos, dentro y fuera de Venezuela.⁷⁰

Para terminar este capítulo, visto el desastre económico e institucional en el cual ha sido sumida Venezuela por el chavismo-madurismo y las características de los dirigentes y acciones del régimen respectivo, bien podría recomendarse la elaboración de un estudio sobre la configuración de esa experiencia histórica como una “patocracia” o “enfermedad macrosocial”, en especial, bajo el liderazgo de Nicolás Maduro, según los lineamientos de la psicopatología de grupos, pues en los últimos años son muchas las voces que han dicho que los cuadros del gobierno se han llenado de psicópatas, los cuales han asumido los cargos más importantes de la *nomenclatura* y han desplazado a la mayoría de los colaboradores y seguidores originales del teniente coronel Hugo Chávez Frías, cuya imagen es hoy día un mero recuerdo, en un país controlado por un ejército de ocupación

⁶⁹ Ver con amplitud a Romero Muci, Humberto; *desintitucionalización y desigualdad desde el Estado. El caso venezolano*. En Actas del I Encuentro de Academias Morales y Políticas de Iberoamérica, antes citada, páginas 73 y siguientes.

⁷⁰ César Ulloa ha dicho: “Dado que el populismo no es orgánico ni ideológico, ni programático, muere con su líder. No le interesa la sucesión programada de cuadros. Populismo es personalización de la política”. Ulloa, obra citada, página 259. Si bien es cierto que el populismo chavista terminó en vida de Chávez, fue sustituido por el régimen chavista-madurista, el cual tiene naturaleza diferente y tiene un liderazgo colectivo, apoyado por la intervención cubana, rusa, china, iraní, y de las mafias internacionales de la minería y el narcotráfico.

extranjera, como es la misión del G-2 cubano, invitado por el mismo Maduro a tomar bajo su dirección todos los medios de control de la población y el aprovechamiento de los recursos materiales de la nación venezolana, y el Ejército de Liberación Nacional de Colombia para el control de la minería y las fronteras. Estamos conscientes de que esa tarea desborda totalmente los alcances de este trabajo, razón por la cual nos limitamos a su recomendación.

CONCLUSIONES

1. El populismo ha sido conceptualizado por la literatura especializada en múltiples formas: como fenómeno, como ideología, como movimiento político, como estrategia para la toma y conservación del poder, como una mentalidad, como un discurso político sin contenido específico, como un estilo político, y como una “lógica social” que da lugar a “un modo de hacer política”. En realidad, opinamos que participa de todas esas conceptualizaciones, las cuales no pasan de ser perspectivas de captación del mismo objeto de conocimiento, según los criterios epistemológicos aplicados a su estudio, que pueden ser históricos, politológicos, sociológicos, etnológicos, lingüísticos, psicológicos y filosóficos. Pensamos que el populismo ha representado una tendencia política histórica, generadora de una ideología simple basada en la noción de pueblo contrapuesta a la de élite social, con vocación hegemónica, que ha arraigado como mentalidad de ciertos estratos sociales, que se identifica con una estrategia de manipulación de masas para alcanzar el poder y luego aferrarse al mismo, con predominio del liderazgo carismático y autoritario apoyados en motivos fuertemente emocionales, dando lugar a una praxis política conflictiva, que en opinión de algunos es la lógica misma de la acción política.

2. Por más elemental que pueda ser el populismo, es una ideología contemporánea con mucho poder de movilización de masas, habida consideración de la potencia emocional de su mensaje confrontacional, que arraiga en los grupos de la población más carentes, cuyas demandas no han sido satisfechas aceptablemente por las instituciones de la democracia representativa. Sin embargo, la simpleza o “vacuidad” de los postulados del populismo, que lo conforman con un contenido variado y cambiante de metas colectivas, según el país o medio social, tienen un cariz resueltamente anti-institucional y de cambio social y político, a veces con alcance radical y violento. El populismo es exageradamente demagógico, pero no toda demagogia es populista, porque ella suele estar presente en el ejercicio democrático, y su desbordamiento puede menoscabarlo.

3. El populismo puede ser descrito entonces como una “ideología de transición”, cuyo contenido es cambiante y adaptable, de acuerdo con el liderazgo carismático que lo motoriza y unifica los movimientos políticos de apoyo. Por esta razón, esta ideología o ruta de transición puede servir a movimientos de izquierda o de derecha, enemigos de la democracia representativa y con pretensiones autoritarias, como máscara para ocultar los propósitos verdaderos de instaurar un totalitarismo, de allí su tendencia de mantener indefinidos sus programas y

promesas de gobierno hasta asegurar la estabilidad de la hegemonía populista. Algunos autores han señalado el carácter recurrente del populismo, que suele reaparecer con las crisis de la democracia representativa y no siempre conduce al totalitarismo, sino a otras fases más radicales de la democracia.

4. Hemos sostenido que el populismo debe ser distinguido de la democracia mayoritaria como experiencia histórica, a pesar de la proximidad que pudiera haber en algunos casos y de la degeneración populista de la democracia. La democracia mayoritaria es una evolución normal de la democracia liberal aristocrática, que se mantiene dentro de los cauces de la democracia representativa, a la cual modifica pero sin pretender su abolición y sin desconocer los derechos del ciudadano. Se anota también que la popularidad de que gozan sus líderes no los hace omnipotentes ni los coloca por encima del Estado de Derecho ni de los representantes del pueblo, como suele ocurrir en los regímenes populistas ya instaurados. En fin, la democracia mayoritaria no es anti-institucional, sólo busca hacer accesible la democracia a todas las capas populares y ampliar los derechos de los ciudadanos, en su contenido económico y social.

5. Es característico del populismo abusar de los mecanismos de la democracia representativa, hasta vaciarlos de contenido y alcanzar la implantación del autoritarismo. Creemos que fue el camino seguido por el populismo de Hugo Chávez en Venezuela, a través de lo que llamó la “democracia participativa y protagónica” – opuesta a la democracia representativa- y el uso del derecho constitucional contemporáneo y del máximo tribunal como herramientas legitimadoras de su autocracia. Sin embargo, una vez comprobado que la Constitución de 1999 le impedía realizar su proyecto socialista de Estado Comunal, intentó reformarla y convertirla en un cascarón sin valor, colocando su gobierno al margen del ordenamiento constitucional, a través de decretos ley y sentencias complacientes del Tribunal Supremo de Justicia cooptado políticamente. De allí en adelante, se impuso la ideología marxista-leninista de signo castro-comunista, particularmente en la fase del chavismo-madurismo, luego de la muerte de Chávez, de fortísima injerencia cubana, rusa, china, iraní, y de organizaciones internacionales ilícitas.

6. En la fase más reciente del régimen chavista-madurista se ha llegado a una tiranía violenta, sin disimulo y con ausencia total del Estado de Derecho, que ha permitido que todas las patologías individuales y sociales se hayan apoderado del régimen político y en especial de sus autoridades, hasta el extremo que bien podría afirmarse que en Venezuela se ha llegado tristemente a la “patocracia”.

7. Un mensaje final

¿Cómo evitar que la democracia sea destruida por el populismo con la anuencia de los mismos ciudadanos y luego se entronice la autocracia con el respaldo de las fuerzas armadas? Son preguntas que deberían tener respuesta, por más difícil que ello sea. Con los ojos puestos en América Latina, que es nuestra responsabilidad, deberíamos intentarlo. Desde el campo jurídico – que nos concierne directamente- es indispensable la consolidación del Estado de Derecho y

las estructuras de la democracia representativa, con el complemento del derecho de participación ciudadana y sobre todo, con el respeto y desarrollo de los derechos humanos, porque no existe democracia hoy en día sin esos derechos de primera, segunda y tercera generación. Empero, la democracia es frágil por su exigencia de ética, racionalidad y transparencia. Esto implica la renovación completa de los partidos políticos –piezas esenciales del sistema- que deben dejar de ser oligarquías internas y asumir a plenitud en su estructura y dinámica el carácter mayoritario de la democracia actual, con el necesario equilibrio entre libertad e igualdad que hace su fortaleza. Pero el derecho solo no preserva ni desarrolla la democracia, son vitales a la salud de la democracia políticas públicas que hagan beneficiarios del sistema socio-político a todos los ciudadanos, en especial a quienes sufren de carencias y necesidades materiales y espirituales, las cuales deben incorporar una suficiente infraestructura y dotación de servicios públicos, la industrialización, la ampliación de las clases medias y la reducción de la pobreza, el empleo, la previsión y protección social, el disfrute del avance de la ciencia, la tecnología y las comunicaciones, la instrucción pública universal y la formación de ciudadanos, el combate contra la corrupción, la igualdad de los sexos, el cuidado del medio ambiente y la sanidad colectiva. Dichas políticas deben incluir a las fuerzas armadas, quienes deben elevar su nivel de civilización y conciencia cívica y apreciar los beneficios de la vida en democracia, más allá de la disciplina de cuartel y del monopolio imparcial de las armas y de la coacción física. Es imprescindible evitar su aislamiento y facilitar la incorporación eficiente de los militares a la vida civil al término de su servicio.

Por último, hay que vencer la indiferencia del ciudadano (*idiotez*, en griego) que prefiera vivir al margen de la política, la que pudiera conducir a su desafecto por el sistema democrático por ausencia de emociones. Como ha dicho Adela Cortina: “Si una sociedad democrática no cultiva las emociones positivas ni trata de crear adhesiones también emotivas hacia sus principios racionales, puede muy bien ocurrir que propuestas totalitarias o autoritarias, fuertemente emotivas, erosionen e incluso destruyan las sociedades democráticas”.⁷¹

Caracas, mayo de 2020.

⁷¹ Cortina, Adela; obra citada, página 336.

16. LA SUBORDINACIÓN JUDICIAL

Cecilia SOSA GÓMEZ*

1. LA DISTORSIÓN JUDICIAL. ¿CUÁL ES LA CAUSA?

El sistema de justicia venezolano está contaminado por cuatro vicios: la ignorancia, la corrupción, la politización, y la desigualdad; por tanto, si queremos tener democracia, el trabajo por regenerar la justicia debe comenzar desde ahora.

La ciudadanía lleva largo tiempo expresando con claridad que quiere justicia, no sólo como derecho inherente de acceso a la misma, sino igualmente como el respeto que se le debe y la garantía que le adeuda el Poder Público para el ejercicio de sus derechos. En el área judicial cada demandante debe salir del sistema judicial con una sentencia justa, en el tiempo legalmente estipulado. Este principio ha sido desoído por el Poder Judicial y por el resto de las ramas del Poder Público Nacional, ejecutivo, legislativo, ciudadano y electoral.

La legitimidad de la justicia exige de los abogados y jueces ética, mérito, autoridad, tarea que exige de las universidades formadoras de juristas el más alto compromiso; al requerir una dedicación en sus estudios que oriente la formación hacia tres grandes terrenos temáticos: el ejercicio profesional, la función pública y la judicatura.

2. EL CUADRADO DE LA JUSTICIA VENEZOLANA

Si tomamos como referencia una figura geométrica plana como es el cuadrado, con cuatro lados iguales, y colocamos en cada punta los vicios del sistema de justicia que hemos señalado: la ignorancia, la corrupción, la politización, y el trato desigual, y los trasladamos al comportamiento del poder judicial, podemos

* Profesora en la Universidad Católica Andrés Bello. Magistrada y Expresidenta de la Corte Suprema de Justicia de la República de Venezuela. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

coincidir absolutamente con el título de este encuentro de Academias para discutir el tema “La Independencia Judicial y el Control Político de los Jueces” en la ciudad de Córdoba (Argentina); Sesión Preparatoria del Congreso Mundial de Juristas en diciembre de 2021.

La ignorancia de los operadores de justicia se caracteriza por **falta de saber**, conocimiento y experiencia en lo administrativo, pedagógico y jurídico.

Ningún texto formula mejor el concepto de la ignorancia que el escrito de Kant en 1784, y su famoso aforismo, tomado de Horacio: ¡atrévete a saber!» En su relación con el conocimiento, de allí que la ignorancia adquiere un significado de “carencia” o de imperfección.

En particular si nos referimos a la ignorancia de la ley, precepto legal que se invoca desde el derecho romano “la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento”, comprobamos cómo este principio se sostiene con otro, como es el de publicidad de las normas, lo que constituye uno de los pilares del Estado de Derecho, a diferencia de la época absolutista, en que existían preceptos secretos.

En Venezuela ocurre exactamente a la inversa, se dictan leyes y actos inconstitucionales que como “no derecho” son transformados y sustituyen la norma suprema y al ordenamiento jurídico que la acompaña. A esta conducta impropia el Tribunal Supremo de Justicia violando sus competencias constitucionales, produce sentencias declarando que esas nuevas normas y actos son constitucionales a fin de mantener esa normativa legal y administrativa, como válida y eficaz.

El Tribunal Supremo realiza el trabajo de aparentar legitimar lo que es nulo *ab initio*, así justifica la contradicción con la justicia, o que es absolutamente insoportable, sin embargo, el “no derecho” impuesto por la cabeza del Poder Judicial viola manifiestamente los principios constitutivos del derecho y no se vuelve derecho por ser aplicado u obedecido. Es la creación judicial de un “no derecho” que contradice el texto constitucional, subvirtiendo el principio esencial, como es que la actividad judicial está sometida a la ley (Constitución) y al derecho y ese derecho está inscrito en el orden jurídico constitucional legítimo.

En realidad este principio de cumplir la ley es soslayado o burlado también por la práctica de la **corrupción política** y la **corrupción administrativa**, las cuales se refieren al mal uso del poder público para conseguir una ventaja ilegítima, generalmente de forma secreta y privada, lo que genera total desconfianza en las autoridades administrativas y judiciales y pervierte el funcionamiento del aparato estatal y desvía recursos.

El término opuesto a corrupción política es la transparencia, principio de rango constitucional (artículo 141CRBV) ignorado por la administración pública y por el resto de los poderes que ejercen funciones administrativas. Por esta razón, se puede hablar de un nivel de corrupción de un Estado ilegítimo o por el contrario de transparencia de un Estado legítimo.

El Profesor José Hernández Gómez, en su obra *Estado y Corrupción* señala que la Corrupción es *cualquier acto desviado, de cualquier naturaleza, con fines económicos o no, ocasionada por la acción u omisión a los deberes Institucionales, de quien debía procurar la realización de los fines del poder en nombre de quien actúa, y que, en su lugar; los impide, retarda o dificulta*.¹

Las formas de corrupción varían, pero las más comunes son el uso ilegítimo de información privilegiada y el patrocinio (sostén financiero o material, aportado con contrapartida directa por parte del beneficiario); además de los sobornos, el tráfico de influencias, las extorsiones, los fraudes, la malversación, la prevaricación, el caciquismo, el compadrazgo, la cooptación, el nepotismo, la impunidad, y el despotismo. La corrupción facilita a menudo otro tipo de hechos criminales como el narcotráfico, el lavado de dinero, aunque por cierto, no se restringe a estos crímenes organizados, y no siempre apoya o protege otros crímenes. Estos tipos penales ocurren en el Poder Judicial y nada se investiga ni se denuncia.

Al revisar sobre **la validez** de la actuación judicial, recordemos que ésta se refiere al atributo que tiene una norma cuando es emitida por un órgano competente, si un tribunal se sustituye en la competencia de otro poder, como ocurre con el Tribunal Supremo de Justicia y la Asamblea Nacional Constituyente creada por Nicolás Maduro con la Asamblea Nacional y Consejo Nacional Electoral, sus sentencias y actos llamados constituyentes no son válidos y no existen para el derecho.

Por su parte, una ley es justa (**justicia**) o una sentencia es justa si están asociadas a la consideración de la población, cuando mayoritariamente se atiende a los objetivos constitucionales y colectivos de esa sociedad; e injusta si ocurre lo contrario, con independencia si se considera válida o no. Así haber creado una Asamblea Nacional Constituyente sin la consulta previa al pueblo para que éste decidiera si estaba de acuerdo o no con tal iniciativa del presidente de la República, es una decisión que el pueblo venezolano considera injusta además de inconstitucional. Objetivamente una norma es justa cuando es precisa y equitativa. Objetivamente las personas no determinan que es justo o injusto, simplemente lo descubren.

Así pues, la coincidencia de **justicia, validez y eficacia en una norma jurídica** es la medida de su legitimidad. Cuando una norma es percibida por la sociedad como legítima es masivamente obedecida, no siendo necesaria la san-

¹ Sayed y Bruce (1998) definen la corrupción como «el mal uso o el abuso del poder público para beneficio personal y privado», entendiéndose que este fenómeno no se limita a los funcionarios públicos. También se define como el “conjunto de actitudes y actividades mediante las cuales una persona transgrede compromisos adquiridos consigo mismo, utilizando los privilegios otorgados, esos acuerdos tomados, con el objetivo de obtener un beneficio ajeno al bien común”. Por lo general se apunta a los gobernantes o los funcionarios elegidos o nombrados, que se dedican a aprovechar los recursos del Estado para de una u otra forma enriquecerse o beneficiar a parientes o amigos.

ción salvo en casos puntuales. Dicho a la inversa: El cumplimiento de una norma jurídica de manera habitual y sin necesidad de recurso a la violencia, suele ser prueba de que es percibida como legítima. Nótese la necesidad de una básica cultura política/constitucional que requiere la población, para la valoración de justicia o injusticia.

Es el caso que cuando una norma es percibida como ilegítima es masivamente desobedecida (a no ser que se recurra, directamente, a la sanción, y por tanto a la violencia). En general, el ejercicio habitual de la sanción y la violencia por parte del Estado para hacer efectivo el cumplimiento de una norma jurídica es síntoma inequívoco de que o bien es inválida, o bien es percibida como injusta, o es ineficaz (o dos de las tres o las tres cosas al mismo tiempo).

El drama que ocurre en Venezuela es que los que van ante la justicia se dividen entre los que tienen el control de su manejo y los que no obtendrán protección de sus derechos constitucionales, salvo que se refiera a aquellos derechos que tienen prioridad ideológica, como la pretendida protección a las mujeres y en otros casos el débil jurídico que califica para los trabajadores.

La **desigualdad** por su parte, es el efecto que producen las sentencias judiciales, sea porque median en ella, la ignorancia, la corrupción, la politización, por cuanto se ha ido perdido absolutamente la concepción del precedente y la motivación razonada del cambio del mismo. Las sentencias hoy no tienen nada que ver con los principios constitucionales a la justicia: gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, expedita. ¿Cómo haremos para que se cumplan estos principios?

Los operadores de justicia han olvidado que la Constitución se garantiza a sí misma; el resto de las normas siempre requieren coerción estatal. Con la legislación ordinaria su observancia resulta garantizada desde afuera, mientras ocurre todo lo contrario con la Constitución, pues su cumplimiento no se garantiza por un ordenamiento jurídico existente por encima de ella, ni por la fuerza coactiva del Estado.

La Constitución no depende sino de su propia fuerza y de sus propias garantías, lo que hace que sea necesaria la existencia de un tribunal que deba decidir sobre su observancia. El sometimiento voluntario de los órganos del poder público que la reconozcan y asuman sus responsabilidades, es la garantía de su cumplimiento.

¿Qué ha pasado en la aplicación del orden legítimo de su propio texto? que se ha desconocido la fuerza innata de la Constitución por todo el sistema judicial.

Se ha llegado al punto que cada sentencia está completamente aislada e ignora la norma suprema a la que debe obediencia el juez, sea por acción o por omisión, produciendo el colapso de la justicia tal como se vive en Venezuela, cuyas decisiones han abolido la concepción republicana de la Nación. Requerimos justicia igualitaria.

3. CÓMO ENCENDER LA LINTERNA DE LA JUSTICIA

Tres palabras valen para refundar la Justicia: ética, mérito y autoridad; e igualmente ellas permiten potenciar las virtudes que debe tener el abogado y el juez para clarificar y determinar su misión y sus valores.

Pasemos a proponer puntos fuertes y trabajar las necesidades del sistema judicial venezolano y el redimensionamiento del mismo.

Primera idea: Respeto a la Constitución. ¿Sirve o no sirve cuanto dice y contiene? El sistema de justicia está sujeto a la norma suprema y al ordenamiento jurídico que la desarrolla y no la contradiga o desconozca, en aplicación del artículo 7 y la Disposición Derogatoria Única. Definitivamente, no hemos comprendido la dimensión jurídica de la Constitución vigente; como tampoco de la *constitucionalización* de las especialidades del derecho.

Los ciudadanos tienen que tomar conciencia de sus derechos y cómo exigirlos, y preguntarse para qué sirve el poder Judicial y cómo usarlo, aspecto que tiene que emprenderse junto a los cambios profundos en el sistema judicial. Entonces podrá hablarse de participación, nadie participa en lo que no conoce.

Segunda idea: Que el poder político, los altos funcionarios del gobierno abandonen, *decidan*, dejar de controlar al sistema de justicia, de lo contrario seguirá tratando de estar protegido para hacer lo que se quiera, sin ser evaluado. Esta exigencia tiene inculcarse en los estudiantes de derecho, y provenir del gremio de abogados y de los funcionarios de justicia.

Tercera idea: La justicia impartida para todos es una forma de distribuir la riqueza; estructurar el sistema judicial en función distributiva asegura a cada uno el chance de entrar al sistema y salir con una decisión que resuelva su caso. Hay que crear un sistema de apoyo a las personas que no tienen recursos para accionar ante los tribunales y los procedimientos administrativos que lo requieran. El criterio que debe prevalecer es que las personas asistidas por el Estado, no son parásitos que viven de la ayuda social, no se trata de hacer de los ciudadanos dependientes, ni clientela, por el contrario, se trata de garantizar el acceso a la justicia como derecho de toda persona que lo requiera.

La desigualdad se corrige con justicia. De lo contrario la inestabilidad y el conflicto se mantendrán. Se entiende que la justicia se compone de acciones de gobierno que garanticen el ejercicio de los derechos ciudadanos, y acciones de los ciudadanos que concretamente estén insatisfechos o demuestren que sus derechos no han sido garantizados.

Cuarta idea: La regeneración de la justicia, considerando tres desafíos esenciales: desigualdad, inestabilidad e insostenibilidad.

- Garantizar la independencia de la Justicia
- Restablecer progresivamente la vocación nacional y al mismo tiempo descentralizar la justicia en los Estados y Municipios.

- Cubrir una base amplia de jueces por concurso y armonizar sus competencias
- Hacer converger competencia y motivación o razonamiento
- Control de Eficiencia y de calidad
- Promover el aprendizaje continuo

El Estado venezolano tiene necesidad de una justicia que no sea dependiente del poder, se ha hecho un mal uso de esta independencia, es tan independiente de la Constitución que la violenta en sus sentencias.

La Justicia es la que da legitimidad superior a la acción política e informa los fundamentos mismos del debate público, siendo un instrumento poderoso para una democracia que se garantice su independencia. La independencia de la justicia tiene que estar conforme al interés general, que no es precisamente el interés del Gobierno, de un partido o de un grupo de ciudadanos.

Las regiones, el poder estatal y el poder municipal, tienen necesidad de Caracas, sede de los poderes públicos nacionales, pero Caracas tiene necesidad de las regiones, de los estados y los municipios para reducir ese sentido cosmopolita e impregnarse de la provincia. Es tan útil y valioso un juez de Caicara del Orinoco, que un colega de Caracas o de Buenos Aires, Bogotá o Santiago de Chile.

Tenemos que llevar la justicia por el terreno de la igualdad para que encuentre el camino del derecho y del conocimiento.

Queremos incorporar a la justicia las herramientas tecnológicas, relacionar la investigación con la innovación, la producción de conocimientos y la trasmisión de conocimientos, igualmente su difusión. Estimular conjuntamente con las Universidades públicas y privadas, la investigación aplicada a la justicia de programas especiales para ordenar materiales, partes, causas, nombres de demandantes, empresas, asegurando una inversión inicial de la investigación y el desarrollo de las investigaciones aplicadas. Utilizar el satélite para conectar conferencias entre jueces o acceder a audiencias públicas.

Quinta idea: Innovación con nuevos valores sociales, basta de renovación haciendo lo mismo con apariencia de nuevo. La innovación se caracteriza por movilizar conceptos y conocimientos. Se trata de un cambio de identidad del Juez, sin ética ni saber, por uno que domine el conocimiento jurídico, la retórica y se comprometa voluntariamente con el comportamiento ético que cada vez lo haga más respetado por la sociedad.

4. MIENTRAS ESO OCURRE ¿QUÉ HACEMOS?

El país en el que la justicia no es confiable, donde existe constancia de su incompetencia o de su parcialidad, que esté bajo la influencia política o que sea el pretexto de un combate ideológico, es un país en el que reina la inseguridad y el ciudadano es inevitablemente una víctima. Así está Venezuela.

Quien decide la libertad, la fortuna y la reputación de las personas o del equilibrio de las familias debe exigir la instalación de la justicia, acorde con el grado de desarrollo democrático.

Los vicios y las anomalías de la justicia en Venezuela exigen que tomemos posición ante lo que debemos construir para acabar con la vergüenza judicial que tenemos. La justicia es un asunto de Estado, que no pertenece a persona alguna, sino al pueblo, en nombre del cual se puede sentenciar. No existe justicia sin independencia.

Por tanto, la premisa se centra en que los jueces no son propietarios del poder que ejercen.

Resulta decisivo entender la manera en que funciona la ética en un abogado y en el juez; considerar la gran diferencia entre la ética protestante y la ética latina, por cuanto, la base de valores aceptados en el mundo anglosajón, vinculan mucho más que las mismas reglas escritas. Mientras, en el caso de la latina, la ética es republicana, busca siempre regirse por la ley. Una persona que está investida de la condición de juez se conduce de acuerdo con unas normas de conducta, porque así lo desea o porque se siente lo bastante orgulloso, decente y civilizado para conducirse de esa forma.

Tenemos que trabajar en disponer de un Plan de Reinstitutionalización del Sistema de Justicia venezolano, orientado hacia la *Justicia para el Ciudadano*, del cual ya se dispone de un documento base que identifica problemas y soluciones², con el propósito de:

- *Promover la Plataforma de Defensa de la Independencia del Poder Judicial entre abogados y sociedad civil (La Rebelión de las Togas).*
- *Fortalecer la abogacía como componente del Sistema de Justicia (Vanguardia de la independencia judicial)*
- *Elaborar la propuesta de un Plan de Reinstitutionalización Integral de la Administración de Justicia desde la Agenda Ciudadana para el Consenso (Justicia para el ciudadano)*

Las Universidades y sus Institutos de investigación, los Colegios de Abogados y sus Centros de investigación tienen la palabra, tenemos la responsabilidad de comenzar a trabajar por un sistema judicial autónomo e independiente, todo dependerá de la unión de criterios y de disponer de un Plan de trabajo conjunto. Manos a la obra. Pasemos de la injusticia subordinada a la Justicia de la Ley y del Derecho.

² El Documento que contiene el Plan de Reinstitutionalización, puede ser consultado. Está publicado en la página web bloqueconstitucional.com

VIII PARTE

FALSEAMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

17. LEY ANTIBLOQUEO, DEL AUTORITARISMO ENCUBIERTO AL TOTALITARISMO DESCARADO ESPECIAL REFERENCIA AL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD PETROLERA

Juan Cristóbal CARMONA BORJAS*

I. DEL AUTORITARISMO ENCUBIERTO AL TOTALITARISMO

La presencia omnímoda del Estado que ha desarticulado el régimen económico consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), debilitando y achicando considerablemente al sector privado¹; la sistemática violación del ordenamiento jurídico que ha desmontado el estado de Derecho previsto en la Carta Magna; los cada vez más evidentes y burdos fraudes electorales que han atentado contra la democracia y los impresentables indicadores de insatisfacción y violación de los derechos humanos que evidencian la

* Profesor de Postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

¹ Según reporta la encuestas de Coyuntura Industrial efectuada por CONINDUSTRIA para el 2019, la capacidad productiva del sector industrial se encontraba en 21%. Ese año habían salido del mercado aproximadamente 400 empresas. En las últimas dos décadas el parque industrial reflejaba un descenso de cerca de 13.000 unidades a 2.145. En: www.fedecamaras.org.ve/comunicadoconindustria/

injusticia en la que viven los venezolanos, alejan, cada vez más a nuestro Estado de la letra constitucional acercándolo más bien al totalitarismo.

Ese tránsito, aunque progresivo, no ha dejado de ser violento. Es así como lo que comenzó formalmente con la consagración en el Texto Fundamental de un modelo de Estado democrático, social de Derecho y de Justicia, bajo las premisas de la doctrina neoconstitucional, pasó a lo que el grupo liderado por el Profesor de la Escuela de Derecho de Lewis & Clark, con sede en Portland, Oregon, Estados Unidos de Norteamérica, Ozan Varol, dio por llamar “**Autoritarismo Encubierto**”², hasta incursionar con los años terrenos propios del totalitarismo e incluso de los estados fallidos.

Respecto de aquella doctrina señala Varol que tradicionalmente el autoritarismo se ha identificado, por una parte, con figuras como Adolfo Hitler, Joseph Stalin y Saddam Hussein y, por la otra, con prácticas como la tortura, desapariciones forzosas, elecciones fraudulentas y eliminación de tribunales de justicia o de parlamentos. Según Varol, son también notas características del autoritarismo el desconocimiento de leyes y de la constitución con el propósito de contrarrestar los mecanismos de pesos y contrapesos, verticales y horizontales, propios de la separación de poderes con miras a perpetuarse en el mando de los estados³.

Aun en los regímenes de corte totalitario tradicional es indiscutible que a los dictadores les gusta parecer demócratas⁴. En ese afán procuran fórmulas que aparentan ajustarse al ordenamiento jurídico tanto en su forma como en su fundamentación, pero que en el fondo se alejan completamente de él. El tiempo, la acumulación de prácticas de este tipo y el afán de poder, hacen que el velo termine por correrse y se pase del Autoritarismo Encubierto al totalitarismo descarado.

De manera magistral ratifican lo sostenido por Varol, las sabias palabras de Augusto Mijares, historiador venezolano, citado por Gabriel Ruan Santos, para quien:

“Nadie se ha atrevido en América Latina a presentarse al desnudo como un déspota, ni ninguno de nuestros caudillos ha querido admitir que viola las leyes deliberadamente; significativo pudor o hipocresía, de los cuales podría decirse que son a su manera, un acatamiento del crimen a la virtud (...) a los propios déspotas los intimida no pocas veces la presión moral colectiva y el recelo que los sobrecoge y la violencia que emplean cuando comienzan a

² Ozan Varol. Stealth Authoritarianism, <https://ilr.law.uiowa.edu/print/volume-100-issue-4/stealth-authoritarianism/>

³ Cfr: *Ibidem*. p, 1682.

⁴ Cortina, Adela; *ciudadanía democrática, sentimiento y razón*; en Actas del I Encuentro Iberoamericano de Academias de Ciencias Morales y Políticas, 16-18 de octubre de 2017, Madrid, p. 334. Citado por Ruan Santos, Gabriel. “El Populismo” en Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia Vol. 2, Núm. 370, 2019-2020, p. 1049.

colocarse fuera de ese imperativo (moral) nacional, son pruebas de que aún para su oscura conciencia existe un límite que no han debido trasponer...”⁵.

Según Ozan Varol durante la Guerra Fría se produjo una expansiva promoción de la democracia en el mundo producto de la campaña iniciada por numerosos países, entre ellos, Estados Unidos de Norteamérica, dirigida a eliminar prácticas autoritarias, frente a lo cual los proyectos totalitarios tuvieron que ingeniarse mecanismos para pasar desapercibidos.

A pesar de los años que han trascurrido desde aquel episodio bélico de descomunales dimensiones, en la Venezuela actual encontramos numerosas expresiones que podrían perfectamente enmarcarse en aquella práctica, una de cuyas principales muestras la constituye el que en el año 1998 Hugo Rafael Chávez Frías tras fracasar en sus aventuras golpistas⁶, decidió procurar sus objetivos iniciales por la vía democrática, sin que ello supusiera el abandono de su propósito originario de dominación. Chávez Frías alcanza así la Presidencia de la República en elecciones celebradas el 6 de diciembre de 1998, a lo que siguió la convocatoria para la elección de una Asamblea Nacional Constituyente – ANC 1999 - (25 de abril de 1999) y de un referéndum aprobatorio del Texto Constitucional resultante de la labor por aquella cumplida (15 de diciembre de 1999). El controversial paso de esa convocatoria inició el tránsito indetenible por un camino tortuoso caracterizado por desviaciones del tipo de las que Varol considera expresión de Autoritarismo Encubierto.

Las características de la CRBV, propias de la doctrina neoconstitucional, abonaron el terreno para llevar adelante aquel plan de manera progresiva. La concepción del Estado venezolano como “democrático y social de Derecho y de Justicia”; la prolija positivización de valores, principios, derechos fundamentales y fines del Estado; la invocación de la democracia participativa; el acentuado carácter intervencionista del Estado en el ámbito económico y social; la ampliación del alcance de las leyes habilitantes⁷; la creación de la jurisdicción constitucional, entre otras, permitieron que la revolución chavista operada por gobernantes de talante autoritario fuera alcanzando sus objetivos bajo un halo de aparente legalidad que con el transcurso del tiempo se fue desvaneciendo revelando la verdadera vocación totalitaria de sus líderes.

En la tesis del Autoritarismo Encubierto, Varol desarrolla algunas muestras de ejercicio del poder, entre ellas, la conformación de un poder judicial integrado

⁵ Mijares, Augusto; *la interpretación pesimista de la sociología hispano-americana*; Obras Completas, Tomo II, Monteávila Editores, Caracas, 1998, p.158. Citado por Ruan Santos, Gabriel. “El Populismo” en Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N° 158, 2019, p. 1094.

⁶ 4 de febrero de 1992 y 27 de noviembre de 1992 (aunque en este caso no se le atribuye a Chávez la participación en dicha intentona).

⁷ Mientras en la CN61 se limitaban a lo económico y financiero, la CRBV no se limitó su alcance.

por magistrados afectos a la causa del gobierno y el empleo de tecnicismos y de demagogia para ocultar, dificultar y edulcorar el proceso dirigido a descifrar la verdadera intención del Poder Público actuante.

Según Varol, en el Autoritarismo Encubierto, el pluralismo político es inexistente o mínimo y en él se adoptan mecanismos legales o paralegales dirigidos a suprimir la oposición política (Ej. Inhabilitaciones a líderes políticos, eliminación de partidos, retiro de concesiones a televisoras y emisoras de radio, etc.).

Reconoce adicionalmente el Profesor de Lewis & Clark que el ámbito económico es uno de los que mayor atención despierta en aquella práctica, para lo cual se recurre a leyes vagas para ganar afectos, controlar actuaciones y sancionar opositores.

Por todos esos caminos ha transitado la revolución chavista, lo que permite considerar que las gestiones de gobierno que la representan, en determinado momento fueron expresión de Autoritarismo Encubierto en el marco de un estado neopopulista que devino en totalitario y fallido.

Ese proceso completamente planificado por los líderes del chavismo, ha sido posible gracias al reducido desarrollo económico de nuestro país, el alto nivel de desempleo y a las precarias condiciones sociales presentes, caldo de cultivo perfecto para la dominación popular, todo lo cual se vio coronado con el alza del precio del barril de petróleo registrada entre los años 2008 y 2013 que inyectó ingentes recursos públicos que contribuyeron a potenciarla, no sólo en Venezuela sino en muchos otros países de la región sobre los cuales quiso irradiar sus efectos (Cuba, Nicaragua, Bolivia, Ecuador, El Salvador, Argentina).

En la estrategia de dar sustento legal a las actuaciones gubernamentales, Chávez y Maduro con el apoyo de las demás ramas del Poder Público, echaron mano a todas las figuras contempladas en el ordenamiento jurídico nacional, instrumentándolas, sin embargo, de manera desproporcionada, tergiversada y abusiva. Entre esas medidas destacan: i) la declaratoria de Estados de Excepción y de Emergencia Económica; ii) la sanción de leyes por la AN sin consulta popular; iii) la sanción de una cantidad desproporcionada de leyes habilitantes por parte de la AN dictadas, además, en términos genéricos y ambiguos; iv) asunción por la SC del TSJ de competencias no previstas en el Texto Fundamental y; v) asunción por parte de la ACN instalada en 2017 de competencias propias de la AN, en virtud de la cual se dictaron “leyes constitucionales” no previstas en nuestra Carta Magna, la más significativa de ellas la Ley Constitucional Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos, publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.583 Extraordinario de fecha 12 de octubre de 2020 (Ley Antibloqueo), a cuyo análisis nos dedicaremos de seguidas y con la cual la revolución chavista quedó claramente desenmascarada en cuanto a su talante totalitario, si es que a alguien aun le quedaban dudas al respecto.

II. CONSIDERACIONES GENERALES RESPECTO DE LA LEY ANTI-BLOQUEO

A. *Antecedentes*

Tras los resultados del proceso comicial celebrado el 6 de diciembre de 2014 (6D2014) en el que resultó electa una mayoría opositora a efectos de la conformación de la AN para el período 5 de enero de 2015 – 5 de enero de 2021, el camino que desde 1999 había estado despejado para la revolución chavista presentó un gran escollo; el no seguir contando el gobierno encabezado por Nicolás Maduro con una AN que respondiera a sus designios. Temas como la aprobación anual de los proyectos de Ley de Presupuesto y Endeudamiento, las habilitaciones al Presidente de la República cuando se requirieran y; la certeza de que funcionarios públicos estratégicos (Magistrados del TSJ, Fiscal General de la República y Rectores del Consejo Nacional Electoral -CNE-) fueran designados o removidos a su antojo, representó un escenario inesperado y peligroso para el proyecto hegemónico trazado.

La primera reacción oficialista frente a aquella sorpresa fue la de impugnar los resultados electorales del 6D2014 recurriendo a tales efectos al Poder Judicial, específicamente a la Sala Electoral (SE) del Máximo Tribunal la cual expeditamente ordenó suspender la juramentación de cuatro diputados electos en representación del estado Amazonas (3 opositores y 1 oficialista) basada en la denuncia de supuestas irregularidades comiciales. En virtud de la sentencia dictada⁸ se impidió que la coalición opositora alcanzara la mayoría calificada que había logrado gracias al voto popular. La referida decisión judicial, al no ser cumplida por la AN, sirvió de excusa para su declaratoria en desacato, esta vez, por la Sala Constitucional (SC) del TSJ mediante sentencia N° 1 de fecha 11 de enero de 2015, lo que se tradujo en la inhabilitación de hecho del Poder Legislativo legítimamente electo, con la consiguiente anulación por parte de esa Sala de todo lo actuado por la AN.

Bajo el argumento del desacato, los roles que constitucionalmente correspondía ejercer a la AN fueron asumidos, en unos casos, por la SC del TSJ (sentencia N° 156⁹ - Ej. Aprobación de las leyes de presupuesto y endeudamiento para el ejercicio 2016) y, en otros, por el Ejecutivo Nacional al amparo de la inconstitucional declaratoria de estados de excepción y emergencia económica que por más de cinco años ininterrumpidos se han venido implementando.

Tras aquellos pasos, en el año 2017 se producen en Venezuela la convocatoria, elección e instalación de la ANC2017 que, como más adelante veremos, no sólo resultó contraria a la Carta Magna por su origen y desempeño, sino que lejos de proponer al pueblo venezolano un nuevo texto constitucional a lo que se dedi-

⁸ Sentencia de la SC N° 260 de fecha 30 de diciembre de 2015.

⁹ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197364-156-29317-2017-17-0325.HTML>

có fue a asumir roles propios de la AN y a levantar los obstáculos que la propia Carta Magna supusiera para los planes revolucionarios.

Frente a todas aquellas irregularidades jurídicas y exabruptos institucionales, aunados a los impresentables resultados de gestión que en lo económico y social se venían registrando desde 1999, pero muy especialmente desde el año 2013, no han sido pocas las reacciones de buena parte del mundo democrático, entre ellas la ruptura de relaciones diplomáticas y comerciales con Venezuela. Frente a la posición adoptada por numerosos países, la ANC optó por dictar la “Ley Antibloqueo” con el propósito de establecer un marco normativo especial y temporal que provea al Poder Público Nacional de herramientas jurídicas para contrarrestar y reducir los efectos nocivos generados por la imposición contra la República y su población de medidas coercitivas unilaterales y otras restrictivas o punitivas, emanadas o dictadas por otros Estados, por organizaciones internacionales u otros entes públicos o privados foráneos, que afectan los derechos humanos del pueblo venezolano.

Conforme al artículo 21 y la Disposición Transitoria Primera de la Ley Antibloqueo, esta tendrá aplicación preferente respecto de las normas legales y sublegales vigentes en el ordenamiento jurídico venezolano, incluidas las de rango orgánico, salvo las relativas a derechos humanos y a la división del Poder Público que no correspondan a potestades aprobatorias o autorizatorias. Finalmente, indica el referido texto que las medidas que con fundamento en él se adopten, seguirán surtiendo efectos aun cuando dicho instrumento haya cesado en su vigencia.

Es así propósito esencial de la Ley Antibloqueo, liberar al Poder Público Nacional de cualquier atadura que pueda suponer el ordenamiento jurídico vigente, incluida la CRBV, salvo por los casos excepcionales por ella misma señalados, de manera de permitirle una más efectiva preservación de los derechos humanos del pueblo venezolano.

Como se desprende de la propia Ley Antibloqueo, ella es respuesta a los ataques que según los constituyentistas ha sufrido el pueblo venezolano en virtud de las denominadas “medidas coercitivas unilaterales”, entendidas como “el uso de medidas económicas, comerciales u otras (...) adoptadas por un Estado, grupo de Estados u organizaciones internacionales que actúan de manera unilateral para obligar a un cambio de política de otro Estado o para presionar a individuos, grupos o entidades de los Estados seleccionados para que influyan en un curso de acción, sin la autorización del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas.

Entre las llamadas por la Ley Antibloqueo “medidas coercitivas unilaterales” destacan las Órdenes Ejecutivas dictadas a partir del 2 de febrero de 2015 por el presidente de los Estados Unidos de Norteamérica Barack Obama, a las que continuaron las dictadas por el también presidente de ese país Donald Trump, a partir del 19 de marzo del 2018, respecto de las cuales, valga señalar, la recientemente inaugurada gestión presidencial de Joe Biden no ha efectuado cambios.

Las acciones adoptadas por la nación norteamericana obedecieron inicialmente a violaciones de derechos humanos¹⁰ y a actos de corrupción atribuidos a ciertos funcionarios del Poder Público Nacional en Venezuela, aunque en algunos casos comprendieron también a sus familiares y relacionados¹¹. Tales medidas se tradujeron básicamente en el congelamiento de bienes y activos, así como en la prohibición de su ingreso a los Estados Unidos de Norteamérica.

La visión de la nación norteamericana frente a lo que estaba ocurriendo en Venezuela a nivel institucional, político, económico y social se vio fuertemente reforzada cuando se produjo el desconocimiento por parte del TSJ a la AN que había resultado electa el 6D2014 y su SC asumió sus facultades constitucionales mientras se mantuviera en “desacato”¹². Ante estos atropellos a la democracia e institucionalidad, el 19 de mayo de 2017, el Departamento del Tesoro de Estados Unidos sancionó a Maikel Moreno, presidente del TSJ y a los demás magistrados de la SC, por considerar que a través de las sentencias dictadas habían usurpado las funciones de la AN. Entre las medidas dictadas respecto de esos magistrados destacan la congelación de todos sus bienes en ese país y la prohibición para ciudadanos e instituciones estadounidenses de realizar cualquier tipo de transacción con ellos. También fue prohibida la entrada de esos magistrados a Estados Unidos de Norteamérica.

Posteriormente con la convocatoria, elección e instalación de la ANC2017, se produjeron nuevas actuaciones del Departamento del Tesoro norteamericano que el 31 de julio de 2017 ordenó el congelamiento de todos los activos de la República Bolivariana de Venezuela sujetos a la jurisdicción de ese país.

Bajo la administración del presidente estadounidense Donald Trump, se firmaron entre los años 2018 y 2019 una serie de órdenes dirigidas a:

i) prohibir a los ciudadanos norteamericanos y a las personas dentro del territorio de Estados Unidos de Norteamérica la celebración de operaciones con cualquier tipo de moneda digital emitida por, para o en nombre del gobierno de Venezuela (Ej. Petro);

ii) incluir en la Lista de Nacionales Especialmente Designados y Personas Bloqueadas (en inglés *Specially Designated Nationals And Blocked Persons List*) a un considerable número de funcionarios públicos venezola-

¹⁰ Erosión de las garantías de derechos humanos, persecución de opositores políticos, restricciones a la libertad de prensa, violencia y abusos a los derechos humanos para responder a protestas antigubernamentales, arrestos arbitrarios y detención de manifestantes antigubernamentales y corrupción pública significativa.

¹¹ Gustavo Enrique González López, director general del Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (Sebin) y Manuel Eduardo Pérez Urdaneta, director de la Policía Nacional Bolivariana de Venezuela.

¹² Sentencia N° 156 de fecha 29 de marzo del 2017.

nos o de personas vinculadas al gobierno de Nicolás Maduro¹³. Fueron además sancionadas 23 entidades jurídicas, incluyendo al canal de televisión Globovisión, con el fin de impedir que empresas o ciudadanos estadounidenses establecieran vínculos comerciales con ellas;

iii) cancelar las órdenes de compra a PDVSA y ceder el control de su filial CITGO y de cuentas bancarias del estado venezolano en su territorio al Gobierno de Transición de Juan Guaidó, proclamado Presidente Encargado en fecha 23 de enero del 2019¹⁴ y reconocido como tal por más de cincuenta países, incluyendo los integrantes del Grupo de Lima, con la excepción de México, la mayoría de países de la Unión Europea (UE), Canadá, Estados Unidos de Norteamérica, Australia, Japón e Israel, entre otros;

iv) bloquear todos los bienes e intereses en bienes de la República Bolivariana de Venezuela y de sus instrumentalidades que sean objeto de disputas y se encuentren en territorio de los Estados Unidos de Norteamérica, de manera que a través de ellos no puedan efectuarse transferencias, pagos, exportaciones, retiros o negociaciones;

v) suspender el ingreso a los Estados Unidos de Norteamérica de todos los funcionarios de la ANC2017, viceministros y cargos superiores del gobierno venezolano.

En el 2020, nuevas violaciones a la institucionalidad se registraron en Venezuela dando motivo a la imposición de sanciones adicionales por parte del gobierno de Estados Unidos de Norteamérica. Fue así como tras la vergonzosa emboscada tendida a los diputados liderizados por Juan Guaidó que impidió su juramentación como Presidente de la AN para el periodo 5 de enero 2020 – 5 de enero 2021, el Departamento del Tesoro sancionó a los siete diputados que terminaron juramentándose en la referida directiva¹⁵.

Más allá de la fundamentación que había venido registrando la política sancionatoria de los Estados Unidos de Norteamérica, el 26 de marzo de 2020, William Barr, Fiscal General de los Estados Unidos, anunció cargos de narco-

¹³ Cilia Flores; ministro de Defensa, Vladimir Padrino López; vicepresidente de la República, Delcy Rodríguez; ministro de Comunicaciones, Jorge Rodríguez; José Omar Paredes y Edgar Sarria, Claudia Díaz y su esposo Adrián Velásquez, exenfermera y ex guardaespaldas de Chávez respectivamente; Leonardo González, expresidente del Banco Industrial de Venezuela; Raúl Gorrín, presidente del canal de televisión Globovisión; Gustavo Perdomo, director ejecutivo de Globovisión y su familia, su esposa Mayela Tarascio de Perdomo y María Perdomo.

¹⁴ Tras el desconocimiento por la oposición venezolana y numerosos países del mundo de la elección de Nicolás Maduro como Presidente de la República tras las irregularidades registradas en los comicios del 20 de mayo de 2018.

¹⁵ Luis Parra, sus dos vicepresidentes, los diputados Flanklin Duarte, José Gregorio Noriega y los diputados José Brito, Conrado Antonio Pérez Linares, Adolfo Superlano, y Negal Morales Llovera.

terrorismo y corrupción contra Nicolás Maduro y otros miembros del gobierno venezolano, ofreciendo recompensas millonarias en dólares por el suministro de información para su captura.

El 18 de diciembre 2020, el gobierno de Estados Unidos sancionó a EX-CLE Soluciones Biométricas, empresa encargada de prestar servicio al CNE en las elecciones parlamentarias del 6D2020, calificadas fraudulentas.

Como se desprende de lo expuesto, ha sido constante, prolija y variada la actuación de Estados Unidos de Norteamérica frente a las conductas registradas por los gobiernos encabezados por Nicolás Maduro consideradas violatorias de derechos humanos del pueblo venezolano y configuradoras de delitos de corrupción y narcoterrorismo. A pesar de la diversidad de tales medidas, en ellas destaca el especial énfasis que han puesto últimamente en el ejercicio de la actividad petrolera venezolana. Es así como más allá de la medida adoptada respecto de CITGO que obedeció a las amenazas que representan las decisiones arbitrales y judiciales hasta la fecha adoptadas en los casos que involucran a la minera canadiense CRYSTALLEX, a Venezuela y a PDVSA, así como a los tenedores de bonos emitidos por la estatal petrolera, a partir del 2019, fueron adoptadas adicionalmente medidas concretas en ese ámbito, entre ellas, las siguientes:

- El 5 de abril del 2019, fueron sancionadas 34 embarcaciones utilizadas por PDVSA para transportar petróleo venezolano a Cuba;

- El 18 de junio de 2020, el Departamento del Tesoro de Estados Unidos sancionó una supuesta red dirigida por Alex Saab y el ministro Tarreck El Aissami Maddah bajo la modalidad de un programa “petróleo por alimentos”¹⁶.

- El 19 de enero de 2021, el Departamento de Tesoro de los Estados Unidos sancionó a tres personas relacionadas con la venta de petróleo de PDVSA a México: Alessandro Bazzoni, Francisco Javier D’Agostino Casado y Philipp Paul Vartan Apikian. Además, fueron sancionadas catorce entidades y seis embarcaciones, consideradas dentro de una red más amplia involucrada en la venta de petróleo venezolano con sede en México dirigidas por Libre Abordo, S.A. sancionado en junio de 2020.¹⁷

Políticas de aquel tipo, calificadas por la Ley Antibloqueo como “medidas coercitivas unilaterales”, no se limitan a las adoptadas por Estados Unidos de Norteamérica, por cuanto en sentido similar han actuado también la UE y algunos

16 Las empresas involucradas, son Libre Abordo SA., que tiene su sede en Ciudad de México y Schlager Business Group. De la misma manera, se incluyen sanciones para las siguientes personas: Joaquín Leal Jiménez, Olga María Zepeda Esparza (de nacionalidad mexicana), y su madre, Verónica Esparza García.

17 <https://www.vozdeamerica.com/venezuela/eeuu-emite-nuevas-sanciones-por-vinculaci%C3%B3n-al-sector-petrolero1-venezolano>

países que aun perteneciendo al continente europeo no forman parte de ella, tales como: Macedonia del Norte, Montenegro y Albania, los países de la Asociación Europea de Libre Cambio Islandia y Liechtenstein, así como Ucrania, Moldavia y Georgia.

Las medidas adoptadas por la UE han consistido también en sanciones impuestas a funcionarios del Estado venezolano considerados responsables del deterioro de la democracia en el país que, para el 12 de febrero de 2021 ascendían a 55 personas¹⁸. Tales medidas han venido acompañadas del embargo de armas y material susceptible de ser utilizado para la represión contra del pueblo de Venezuela.

En esa misma tónica han actuado puntualmente y en diversos momentos países como Panamá, Suiza, y el Reino Unido.

Respecto de este tipo de reacciones y medidas adoptadas por buena parte del mundo democrático que innegablemente han tenido un impacto negativo en el desempeño de la economía nacional, debe dejarse muy claro que la caótica situación por la que atraviesa actualmente Venezuela en todos sus ámbitos es anterior al año 2015 en el que se dicta la primera medida sancionatoria por parte de Estados Unidos de Norteamérica que, valga señalar, recaía sobre particulares y no sobre el Estado.

La crisis venezolana es fundamentalmente consecuencia de las nefastas gestiones gubernamentales de Nicolás Maduro Moros y Hugo Rafael Chávez Frías. El colapso económico, social e institucional en Venezuela no se presentó claramente en su real magnitud con anterioridad, gracias al margen de maniobra que confirió a la revolución el *boom* de los precios del petrolero registrado entre los años 2008 y 2013. Ese efecto, sin embargo, fue perdiendo fuerza aceleradamente una vez llegó Maduro al poder, quien no pudo evitar terminara de caer la careta del supuesto éxito del Socialismos del Siglo XXI.

En las siguientes gráficas queda claramente evidenciado como la crisis económica venezolana, atada totalmente al comportamiento de la industria petrolera a nivel nacional (niveles de producción) e internacional (precios del barril de petróleo), se radicalizó a partir del año 2003, es decir, doce años antes de que apareciera la primera “medida coercitiva unilateral” por parte de Estados Unidos de Norteamérica. El despido de cerca de veinte mil trabajadores de la Industria Petrolera Nacional, la migración forzosa de los convenios de asociación resultantes de la Apertura Petrolera implementada durante los años noventa al esquema de empresas mixtas con mayoría accionarial estatal, la asunción por parte de PDVSA de roles de muy diversa naturaleza ajenos a la actividad petrolera, condujeron a la constante y estrepitosa caída en producción petrolera que junto

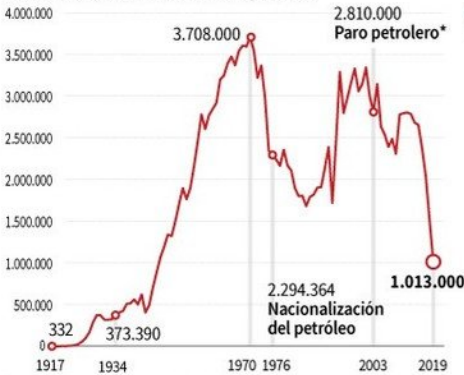
¹⁸ Diosdado Cabello, Néstor Reverol, Gustavo González, Antonio Benavides, Tibisay Lucena, Maikel Moreno, y Tarek William Saab, prohibiéndoles hacer transacciones con personas o entidades, así como también la entrada a las naciones de dicha comunidad.

a la caída de los precios a partir de 2014 condujo a Venezuela a la crisis actual. No es posible por tanto sostener como pretende seguir haciéndolo el gobierno de Nicolás Maduro que son las medidas coercitivas unilaterales las responsables del estado actual de nuestro país, sin que con ello desconozcamos el impacto que las mismas tienen.

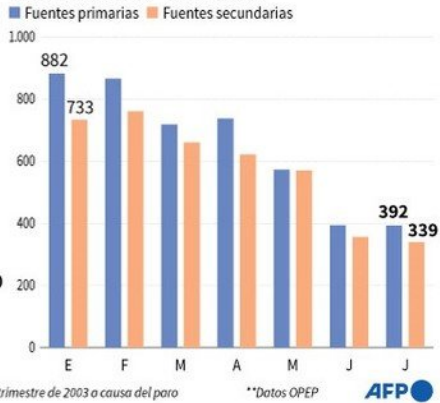
Producción petrolera de Venezuela

La producción siguió estancada en julio por debajo de los 400.000 barriles diarios

Promedio de barriles diarios por año



Producción 2020** en miles de b/d



Fuentes: Ministerio de Petróleo, PDVSA, OPEP

*25 mil barriles diarios en 1° trimestre de 2003 a causa del paro

**Datos OPEP



(Fuente: https://www.clarin.com/mundo/produccion-petrolera-venezuela-estanca-niveles-1934_0_CCrqbWup.html)

La crisis que experimenta actualmente Venezuela en lo económico resulta indiscutible a la par que asombrosa. El balance en ese campo no puede ser más lamentable, como lo demuestran las cifras que de seguidas se presentan, que dicen mucho más que las palabras.

- *Reducción del PIB* en 57,6% entre el primer trimestre de 2013 y el primer trimestre de 2019¹⁹.

- *Niveles acumulados de inflación* de 185.175.451% entre noviembre de 2017 y septiembre de 2020.

- *Correlación entre el Bolívar y el Dólar* que pasó entre el 21 de agosto de 2018 y el 9 de abril de 2021 de Bs. 60/US\$1 a Bs. 2.467.460,70/US\$1²⁰, lo que implica que la cotización del dólar ha aumentado en poco más de dos años en 4.112.434,50% respecto del Bolívar.

- *Endeudamiento* con un saldo de deuda pública externa en 2008 estimado en cerca de US\$ 50.000 mm que se apreciaba podía alcanzar US\$ 141.000 mm

¹⁹ bcv.org.ve

²⁰ bcv.org.ve. Consultado el 21 de abril de 2021.

para finales de 2020. Si bien el incremento en niveles absolutos es notable, lo es aún más si se relaciona el saldo de la deuda con el monto de las exportaciones, un indicador usual del peso relativo del endeudamiento para una economía. En este sentido, mientras que en 2008 el saldo de la deuda pública externa representaba el 53% de los ingresos por exportaciones, para finales de 2020 se estimaba que podía significar cerca de 1.900%. Con base en esta última cifra, Venezuela es, sin duda, la economía relativamente más endeudada, no sólo de Latinoamérica sino del mundo²¹.

- *Caída de la producción petrolera* que según la OPEP ha registrado un descenso de 86% al haber pasado de 2.776.000 b/d en septiembre 2014 a 367.000 b/d en octubre 2020²². En lo que respecta a la gasolina, se ha logrado alcanzar últimamente un máximo de 60.000 b/d, a pesar de que el mercado interno consume entre 100.000 y 120.000 b/d, tras la drástica disminución del parque automotor nacional. El déficit ha tenido que ser cubierto con combustible importado, quedando generalmente desabastecida buena parte del interior del país.

- Según el Informe Anual de la CIDH (2020) de la OEA, el ingreso promedio diario del venezolano es de 0,72 US\$. La pobreza total para 2019 conforme a ese reporte asciende a 96,4% y la pobreza extrema pasó ese año de 11,4 a 79,3%²³.

Si bien estos indicadores son contundentes, la crisis venezolana no puede medirse únicamente con base en ellos, en tanto también es necesario referirla a los índices sociales e institucionales, respecto de los cuales puede decirse que:

- El sistema eléctrico se encuentra hoy día en una crisis estructural nunca vista en la historia del país, habiéndose registrado una contracción de 35% entre 2013 y 2020²⁴.

- En los últimos años se ha exacerbado la escasez de agua. En este sentido, el Observatorio Venezolano de Servicios Públicos realizó una encuesta en la que tan solo un 23% de las familias venezolanas afirmó recibir agua potable de manera constante. Se calcula que en los últimos 20 años han sido gastados cerca de USD 10.000 millones en obras fracasadas para mejorar el servicio²⁵. Hoy día,

²¹ Informe de Coyuntura de septiembre del Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales de la UCAB dirigido por Luis Zambrano Sequín, p. 16.

²² https://www.opec.org/opec_web/en/publications/337.htm

²³ Capítulo IV B Venezuela, Informe CIDH. Disponible en: 2020<https://mail.google.com/mail/u/0/#search/me/QgrcJHrttkVFpnxHLCPhMnNXnMNMhDhkzZI?projector=1&messagePartId=0.1>.

²⁴ <https://www.voanoticias.com/venezuela/colapso-electrico-en-venezuela-un-ingrediente-mas-de-la-profunda-crisis>

²⁵ elcomercio.com. “La escasez de agua, otra cara de la crisis en Venezuela”. 28 de enero de 2020. Disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/escasez-agua-crisis-venezuela-economia.html>. Consultado en fecha 20 de abril de 2021.

solo funciona alrededor de 55% de la capacidad instalada de la infraestructura del sistema. Afirma José Norberto Bausson, expresidente de Hidrocapital, que en 1999 era posible repartir 140.000 litros por segundo de agua potable, teniendo el 82% de la población acceso a agua continua y de buena calidad. En 2021 esto se reduce a entre 18% y 20% de los venezolanos.²⁶

- El costo de la canasta básica para julio de 2020 rondaba los USD 202, siendo inaccesible para la mayoría de los venezolanos cuyo salario mínimo mensual era en ese momento de US\$ 1,95²⁷. Es así como de acuerdo con el Informe Anual de la CIDH 2020, se reportó una inseguridad alimentaria en el 80% de la población y la tasa de desnutrición se estimó en 15%²⁸. Por su parte de acuerdo con la FAO, para el año 2020, 9,3 millones de personas se encuentran en riesgo de inseguridad alimentaria.

- El sistema de salud del país se encuentra, en gran parte, inoperativo. Las estadísticas muestran escasez de medicinas básicas, y suministros médicos. Asimismo, alrededor del 79% de los centros de salud no tienen agua potable²⁹.

- El Fondo Monetario Internacional (FMI) proyectaba una tasa de desempleo de 47.9% para Venezuela en 2020 (sin tomar en cuenta el impacto del COVID19), tomando en cuenta que en 2019 dicha tasa había sido de 44.3%.³⁰ En su último informe, el FMI presenta una tasa de desempleo en el país de 54 %.

Resultan alarmantes pues, los niveles de insatisfacción y violación de los derechos socioeconómicos de la población venezolana atribuibles a las gestiones gubernamentales del periodo comprendido entre 1999 y 2020, que han conducido, incluso, al reconocimiento por parte de organizaciones nacionales e interna-

²⁶ Prodavinci, “Por qué no hay agua en Venezuela”, 8 de abril de 2019. Disponible en: <<http://factor.prodavinci.com/porquenohayaguaencaracas/index.html>> y “Vivir sin agua”, 21 de marzo de 2018. Disponible en: <<http://factor.prodavinci.com/vivirsinagua/>> Consultado en fecha 21 de abril de 2021.

²⁷ Centro de Documentación y Análisis para los Trabajadores (CENDA), “Resumen del mes CAT y CBT”, s/f, Disponible en: <<http://cenda.org.ve/noticias.asp>> Consultado en fecha 21 de abril de 2021.

²⁸ Capítulo IV B Venezuela, Informe CIDH. Disponible en: 2020<https://mail.google.com/mail/u/0/#search/me/QgrcJHrttkVFpnxHLCPhMnNXnMNMhDhkzZI?projector=1&messagePartId=0.1>.

²⁹ CNN en español, “El sistema de salud de Venezuela está en peores condiciones de lo que se cree, según encuesta”. 28 de marzo de 2018. Disponible en: <<https://cnnespanol.cnn.com/2018/03/28/el-sistema-de-salud-de-venezuela-esta-en-peores-condiciones-de-lo-que-se-cree-segun-encuesta/>> Consultado en fecha 21 de abril de 2021.

³⁰ Crónica uno, “FMI prevé tasa de desempleo en Venezuela de 47.9% para 2020”. 9 de abril de 2019. Disponible en: <[https://cronica.uno/fmi-preve-tasa-de-desempleo-en-venezuela-de-479-para-2020/#:~:text=El%20Fondo%20Monetario%20Internacional%20\(FMI,ubican%20en%2044%2C3%20%25.&text=El%20organismo%20calcula%20que%20en%202019%20y%202020%20la%20inflaci%C3%B3n,cierre%20en%2010.000.000%20%25.>](https://cronica.uno/fmi-preve-tasa-de-desempleo-en-venezuela-de-479-para-2020/#:~:text=El%20Fondo%20Monetario%20Internacional%20(FMI,ubican%20en%2044%2C3%20%25.&text=El%20organismo%20calcula%20que%20en%202019%20y%202020%20la%20inflaci%C3%B3n,cierre%20en%2010.000.000%20%25.>)> Consultado en fecha 21 de abril de 2021.

cionales (OEA, ONU, etc.) de la configuración de una crisis humanitaria en el país, que aunada a la falta de legitimidad de origen y de desempeño del gobierno de turno y a la constante violación del estado de Derecho, han conducido a que un importante sector califique al Estado venezolano de “fallido”.

Las constantes violaciones a los principios rectores del Estado democrático, social de Derecho y de Justicia que comenzaron con la convocatoria a la ANC de 1999 y cuya más reciente muestra la representa precisamente la Ley Antibloqueo que aquí nos ocupa, son las principales responsables de aquellos resultados económicos, sociales e institucionales a los que pretende darse solución aplicando la misma fórmula que condujo al abismo.

B. *Invalidez de la Ley Antibloqueo*

Desde que el 27 de octubre de 2017 se formalizó la convocatoria a una ANC en el país, surgieron críticas, denuncias y protestas en cuanto a su necesidad y validez. Si bien el tema de su convocatoria se encuentra claramente regulado en el artículo 347³¹ de la CRBV, el proceder de las ramas ejecutiva y judicial del Poder Público Nacional se apartó completamente de su letra.

En opinión del académico venezolano Rafael Badell Madrid, el Decreto N° 2.830 mediante el cual Nicolás Maduro convocó a una ANC, está viciado de inconstitucionalidad por cuanto usurpó la titularidad atribuida al pueblo en el referido artículo 347 de la Carta Magna, como depositario del poder constituyente, de decidir su convocatoria y de fijar sus objetivos a partir de la determinación de sus cometidos programáticos. Continúa señalando Badell, que el proceder del Presidente de la República violó también los principios de democracia y soberanía establecidos expresamente en los artículos 2, 3, 5, 62, 63, 70 y 71, entre otros, de la Ley Fundamental³².

De conformidad con el artículo 348 de la CRBV, ciertos órganos de los poderes constituidos, entre ellos, el Presidente de la República en Consejo de Ministros, tienen la iniciativa de convocatoria de la ANC, lo cual quiere decir, que a lo sumo, tienen la facultad de promover tal convocatoria para que se consulte al pueblo, mediante referendo consultivo si quiere o no llevarla adelante³³.

La convocatoria en 2017 a una ANC debió ser sometida así a referendo consultivo, mediante votaciones libres, universales, directas y secretas (artículos 62 y 70, en concordancia con artículos 63 y 71), como había sido reconocido en el caso de la Constituyente de 1999, lo que evidentemente no ocurrió.

³¹ Artículo 347 CRBV: El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución.

³² Badell Madrid, Rafael, *La Asamblea Constituyente en la Constitución de 1999*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018, p. 90.

³³ Ídem.

De esta forma, sostiene Rafael Badell que el Decreto N° 2.830 al omitir la voluntad del pueblo sobre la convocatoria de una ANC y accionar directamente este mecanismo de sustitución constitucional, contrarió también el principio de progresividad de los derechos (artículo 19 de la Constitución), en especial, el de participación ciudadana en el ejercicio de la soberanía popular (artículos 62 y 70 de la Constitución).

Termina sentenciando el jurista venezolano que, en virtud de lo expuesto, la ANC fue ilegítimamente “convocada” por el Presidente de la República en usurpación de la voluntad del pueblo, único depositario del poder constituyente originario.

Aquel vicio se profundizó aún más, cuando Nicolás Maduro dictó unilateralmente y sin consulta popular las bases comiciales sobre las que se llevaría a cabo la convocatoria, así como la conformación y funcionamiento de la ANC.

Frente a todas las denuncias efectuadas sobre la validez de aquel proceder del Primer Mandatario Nacional, la SC del TSJ en sentencia N° 378 de fecha 31 de mayo de 2017 determinó que no era necesario, ni constitucionalmente obligante, un referendo consultivo previo para la convocatoria de una ANC.

La SC determinó así que la CRBV al reconocer la soberanía popular en su artículo 5, dispone a su vez que dicha soberanía puede ejercerse tanto directa como indirectamente y, en este sentido declaró la Sala que, si bien el pueblo puede ejercer la democracia participativa, también puede ejercer la democracia representativa, en ejercicio indirecto de la soberanía. Señala entonces que los órganos que ejercen el poder público pueden ejercer indirectamente y por vía de representación la soberanía popular y, por lo tanto, el Presidente de la República en Consejo de Ministros, de acuerdo con el artículo 348 del Texto Fundamental, puede decidir convocar a una constituyente sin que sea necesario consultar al pueblo.

Tal decisión, en nuestra opinión, que es a su vez la de un sector mayoritario de la doctrina patria, arrebata al pueblo de Venezuela el ejercicio de la soberanía relativo al poder constituyente que le atribuye claramente el precitado artículo 347 de la Carta Magna.

Con el camino despejado por la SC del TSJ, el Presidente de la República continuó avanzando. Fue así, como el 4 de junio de 2017 dictó el Decreto N° 2.889 contentivo de las bases para la elección de los integrantes de la ANC, quienes serían electos en el ámbito territorial y sectorial mediante el voto universal, directo y secreto, sin perjuicio de los integrantes de la población indígena, lo que también representó un exceso del Primer Mandatario Nacional.

El día 30 de julio de 2017 se llevó a cabo el proceso comicial dirigido a la elección de los llamados “constituyentistas”, en el que únicamente participaron candidatos pertenecientes al sector oficialista, quienes terminaron siendo juramentados en un número de 545 el día 4 de agosto de 2017.

La inconstitucionalidad de la ANC no sólo se ha atribuido a su origen sino también a su desempeño. Ha sido sostenido que el poder constituyente, cuando es ejercido por su titular originario que no es otro que el pueblo, reviste carácter ilimitado, quedando a salvo, sin embargo, por una parte, los valores naturales y absolutos y, por la otra, los términos establecidos por el poder constituyente originario, es decir, por lo que disponga el pueblo en ejercicio directo de su soberanía.

“Debido a que precisamente la ANC no detenta un poder ilimitado o absoluto, como el que sí detenta el pueblo en ejercicio de su soberanía y del poder constituyente originario, ésta no puede modificar o suspender el ordenamiento jurídico vigente. Es decir, la ANC no tiene la facultad de alterar o impedir la vigencia de la Constitución durante su funcionamiento, al no detentar el carácter originario.

La ANC, en la labor de redactar la nueva Constitución debe respetar el ordenamiento constitucional y legal vigente. Está sometida a las normas y principios constitucionales vigentes para su conformación, siendo que la supremacía del texto fundamental (artículo 7 de la Constitución) impide que ésta pierda su vigencia (artículo 333 de la Constitución), hasta tanto el poder constituyente originario, que solo corresponde al pueblo, lo decida mediante referendo consultivo que resulte en la adopción de una Constitución”³⁴.

De acuerdo con el artículo 347 de la Carta Magna, la ANC tiene por objeto: 1) transformar el Estado, 2) crear un nuevo ordenamiento jurídico y 3) redactar una nueva Constitución. De forma tal que las actuaciones de la ANC deben estar circunscritas a esos propósitos esenciales.

“Se sigue de la norma que no es que el proceso constituyente da lugar a un régimen de facto que pueda por vías de hecho eliminar o destruir el ordenamiento vigente ni los poderes constituidos. Cualquier sustitución o modificación del orden existente ha de producirse con la aprobación de la nueva Constitución, y en caso de que dicha aprobatoria no proceda, porque el pueblo la rechace, continuará vigente el ordenamiento constitucional y sus poderes constituidos en el ejercicio de sus funciones, que no ha de interrumpirse, salvo que una nueva Constitución aprobada por el pueblo lo ordene y en los términos en los cuales sus disposiciones transitorias lo regulen”³⁵.

Según el abogado venezolano, Fernando Sanquírigo:

“La consecuencia jurídica de esta norma [347 CRBV] es clara: la Asamblea Nacional Constituyente está sometida a lo que determina la Constitución. Inclusive, la Constitución reconoce la existencia conjunta tanto de los Poderes tradicionales constituidos: Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral; por lo que la Asamblea Nacional Constituyente, por

³⁴ Badell Madrid, Rafael. Ob. Cit., p. 69.

³⁵ Ibidem. p. 70.

cuanto está sometida a la Constitución y su única función es la de redactar una nueva Constitución, no puede desconocer a dichos Poderes Constituidos”³⁶.

A pesar de lo señalado, es claro que la ANC ha pretendido ejercer poderes “originarios” y “plenipotenciarios”, y de esa forma se ha considerado a sí misma habilitada para exceder los límites y objeto que deben informar las actuaciones de una institución de su tipo. Fundamentada en ese criterio de la “supraconstitucionalidad”, ha dispuesto que sus decisiones y actos son incluso de “superior” rango que las previstas en la Constitución.

Fue así como al dictar la ANC las “Normas para garantizar el pleno funcionamiento institucional de la Asamblea Nacional Constituyente en armonía con los Poderes Públicos Constituidos” de fecha 8 de agosto de 2017, dispuso en su artículo quinto que:

“(…)

QUINTO: Todos los organismos del Poder Público quedan subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente, y están obligados a cumplir y a hacer cumplir los actos jurídicos que emanen de dicha Asamblea ...”.

En opinión de Rafael Badell, esta disposición es violatoria del ordenamiento constitucional, por cuanto pretende situar a los actos y decisiones que dicte la ANC por encima de la Constitución, así como de los órganos regulados en ella, a pesar de lo dispuesto en el artículo 7 de la Carta Magna, que prevé la supremacía del Texto Fundamental.

Bajo aquella irracional pero utilitaria concepción, la ANC actuó respecto de temas tan diversos como el allanamiento de la inmunidad parlamentaria de numerosos diputados de la oposición venezolana; la destitución de la Fiscal General de la República, Luisa Ortega Díaz; la destitución de Juan Pablo Guanipa como gobernador del Estado Zulia tras haber sido electo por el voto popular en elecciones celebradas el 15 de octubre de 2017; la eliminación de los distritos metropolitanos; el dictado de catorce (14) “leyes” y hasta la aprobación del Presupuesto de la Nación y del endeudamiento de la República para los años 2018 al 2021.

La Ley Antibloqueo lejos de contribuir a crear un escenario signado por la claridad, transparencia y seguridad jurídica, tan necesarias para que la economía del país se encauce, lo que hará es abonar la discrecionalidad y arbitrariedad, todo a la sombra del secretismo y la falta de discusión, lo que agravará aún más la crisis económica, social e institucional que tanto agobia a los venezolanos.

³⁶ Sanquírigo Pittevil, Fernando. Las facultades (i) limitadas de la Asamblea Nacional Constituyente de acuerdo a la Constitución de la república, en Brewer Carías, Allan y García Soto, Carlos (compiladores), “Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente”, Editorial Temis, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá/Caracas, 2017, p. 433.

La ANC instalada el 4 de agosto de 2017, cesó en sus funciones y existencia el 18 de diciembre de 2020 sin haber cumplido con el propósito para el que había sido formalmente convocada e instalada, éste es, la redacción de un nuevo texto constitucional a ser sometido a la consideración del pueblo venezolano. Tras sus más de tres (3) años de existencia, la ANC dejó una estela de destituciones, inhabilitaciones y de actos que, a pesar de su invalidez jurídica, surtieron efectos y causaron grave daño a la institucionalidad del país, muchos de los cuales, valga observar, continúan rindiéndole frutos al régimen encabezado por Nicolás Maduro Moros, uno de ellos, quizá el más aberrante, la Ley Antibloqueo.

III. POSIBLES MEDIDAS A SER DICTADAS EN EL SECTOR DE LOS HIDROCARBUROS LÍQUIDOS CON FUNDAMENTO EN LA LEY ANTIBLOQUEO

A. *Consideraciones preliminares*

El estudio que respecto de la Ley Antibloqueo aquí efectuaremos, se centra especialmente en el impacto que ella puede llegar a tener en la regulación del ejercicio de la actividad petrolera, ámbito de análisis este que hemos seleccionado por ser propicio para evidenciar buena parte de las implicaciones que encierra la medida adoptada por la extinta ANC que nos acompañará mientras resulte de utilidad al “Gobierno Revolucionario”, a pesar de que el pasado 6D2020, el oficialismo se hizo de nuevo con la mayoría de la AN, aun cuando nuevamente recurriendo al abuso de poder y a las irregularidades jurídicas.

En lo económico, la Ley Antibloqueo pareciera tener como objetivos los que se desprenden de su artículo 5, entre ellos:

- Generación de fuentes de trabajo (Arts. 87 -93 CRBV)
- Incremento del Valor Agregado Nacional (Art. 299 CRBV)
- Elevación del nivel de vida de la población (Art. 299 CRBV)
- Fortalecimiento de la soberanía económica y tecnológica del país (Art. 299 CRBV)
- Plena soberanía sobre las riquezas naturales (Arts. 113 y 302 CRBV)
- Protección de los derechos, intereses y patrimonios de la República y de terceros, incluidos los de otros Estados que invierten en el país (Arts. 299 y 301 CRBV).

Más allá de la letra expresa de la Ley Antibloqueo, de los mensajes implícitos que ella encierra y de las pocas señales reveladas en declaraciones de ciertos voceros oficialistas, puede especularse que en el ámbito económico el Poder Público Nacional recurrirá a políticas de privatización, entendida ésta en su acepción amplia, con miras a lograr la desestatización (disminución del intervencionismo), desnacionalización (desprendimiento de bienes, servicios y activi-

dades) y despublicalización (liberación o flexibilización de reservas) de sectores estratégicos.

En este ámbito resulta evidente la intención que tiene el Poder Público Nacional de tomar acciones respecto de una serie de sectores económicos que fueron objeto de reserva por parte del Estado o en los que la República adquirió empresas o bienes por compra, expropiación o a través de vías de hecho.

Dentro del primer grupo encontramos a los sectores petrolero, minero estratégico (oro, coltán, diamantes), petroquímico y eléctrico, entre muchos otros. En el segundo grupo, es decir, sectores cuyas empresas más representativas fueron “adquiridas” por el Estado, pero en los que no media reserva, encontramos casos como los de las empresas cementeras, agrícolas y bancarias, por tan solo mencionar unas pocas.

En cuanto al impacto de la Ley Antibloqueo en el ámbito económico vale la pena destacar adicionalmente la rueda de prensa internacional organizada por la Presidencia de la República el día 28 de octubre de 2020, en la que ante la pregunta formulada por un periodista extranjero acerca de los planes de inversión que se llevarían a cabo en Venezuela en el marco de la comentada iniciativa de la ANC, Nicolás Maduro afirmó que: **“Con la Ley Antibloqueo podemos hacer todo”**. Ese “todo” al que con arrogancia se refirió el Primer Mandatario Nacional, encierra la idea de que la recuperación de la economía nacional depende en buena medida de que el Poder Público Nacional quede liberado del ordenamiento jurídico vigente, como si este se hubiera convertido en un obstáculo para lograrla. Pareciera entonces que hemos retrocedido, en poco más de dos décadas, hasta el Estado Absoluto de Luis XIV del que nos separan más de dos siglos y que la revolución chavista ha terminado por admitir los graves errores cometidos en el manejo jurídico del tema económico.

Lo que no pareciera terminar de entender Nicolás Maduro, es que si en algún sector de la vida en sociedad no opera la fuerza bruta que supone el ejercicio desmedido del poder, ese es precisamente el económico. En contrapartida, también debe admitirse que, siempre habrá quienes estén dispuestos a incursionar en semejante aventura, “pescando en río revuelto”. Frente a una decisión de ese tipo, vale simplemente alertar a quienes transiten ese camino que, si al final del recorrido surgen contratiempos no les será posible alegar el “principio de la buena fe”, porque “el juego está cantado” y “nadie puede alegar su propia torpeza”.

Lo que comienza mal, igualmente mal ha de terminar. No serán un acto normativo, inválido como la Ley Antibloqueo y una gestión de gobierno arbitraria, los que logren encauzar la economía.

Antes de proceder a efectuar algunos comentarios concretos en torno a las medidas que en el ámbito de los hidrocarburos líquidos pudiera tener en mente adoptar el Poder Público Nacional con base en la Ley Antibloqueo y pronunciarnos en torno a su validez e implicaciones, debe recordarse que tras el “proceso eleccionario” celebrado el 6D2020 con el propósito de conformar a la AN para el

período 2021-2026, los partidos políticos afectos al gobierno de Nicolás Maduro obtuvieron el 92,4% de los curules, volviendo a representar el Poder Legislativo un aliado para el proyecto revolucionario, a pesar de su desconocimiento por buena parte del mundo democrático.

En todo caso, el 5 de enero de 2021, se instaló la nueva AN con mayoría calificada oficialista que legislará al margen de aquellas reacciones internas y externas, con la certeza, además, de que el Poder Judicial no objetará la validez de sus actos, al menos, por las razones aquí expuestas.

Para terminar de visualizar el campo de actuación en el que se desenvuelve actualmente el Poder Público Nacional, es necesario referirse nuevamente a la Disposición Transitoria Primera de la Ley Antibloqueo, conforme a la cual, ese instrumento coexiste con el decreto que establece el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el territorio nacional, aunque siempre privando en caso de conflicto o de que la normativa derivada de este último represente un obstáculo.

En otras palabras, pareciera claro, como lo hemos venido señalando y en efecto ocurrió, que el Poder Público Nacional, según lo requiera, continuará actuando en lo sucesivo con base en: i) Ley Antibloqueo; ii) Decretos que acuerden el Estado de Excepción y de Emergencia Económica; iii) normas de rango legal y sublegal integradoras del ordenamiento jurídico ordinario vigente; iv) Leyes sancionadas por la AN; v) Decretos-Leyes dictados con base en leyes habilitantes que con seguridad sancionará la AN a favor del Presidente de la República, todo sin perjuicio de lo previsto en el Texto Fundamental, al que mencionamos en último lugar intencionalmente, porque a ese puesto pareciera pretender relegársele.

B. Posibles actuaciones del Poder Público Nacional en el ámbito de los hidrocarburos líquidos

Tras seis (6) meses de haber sido dictada la Ley Antibloqueo, el secretismo que ella impone es lo único que ha quedado evidenciado. Es muy poco lo que se ha llegado a conocer acerca de los pasos concretos que con fundamento en ella ha dado el Ejecutivo Nacional, pudiendo únicamente mencionarse con base en reseñas periodísticas la celebración de contratos de alianzas estratégicas dirigidas a reactivar empresas privadas que fueron expropiadas o confiscadas por el Estado y la constitución de nuevas empresas del Estado³⁷.

Al respecto lo que se ha conocido recientemente fueron las declaraciones dadas por Nicolás Maduro en abril de 2021 en las que expresó su deseo de que para el segundo trimestre de ese mismo año estuviera aprobada la nueva Ley

³⁷ Empresa de Transporte Aerocargo del Sur, S.A. (EMTRASUR), Centro Nacional de Mantenimiento Areonáutico (CENMA), S.A., Industria Ferroviaria y Sistema Por Cable de Venezuela, S.A (FERROVEN). Empresa Aeronáutica Nacional, S.A. (EANSA) y Centro de Producción de Activos Digitales del Ejército.

Orgánica de Hidrocarburos (LOH). De ese pronunciamiento pareciera que tan delicada materia será atendida en primera instancia por la AN, sin que puedan descartarse actuaciones puntuales y complementarias del Ejecutivo Nacional con base en la Ley Antibloqueo.

En todo caso, varias son las acciones con directa incidencia en el ejercicio de actividades económicas, incluidas las petroleras, que pudieran ser adoptadas por el Poder Público Nacional conforme a la letra del Capítulo II de la Ley Antibloqueo, unas, dirigidas a generar ingresos públicos, otras, enrumbadas a la mejora de los niveles de satisfacción de los derechos fundamentales de la población venezolana, todas enfocadas, según algunos, en lograr la permanencia del régimen revolucionario.

Entre esas posibles acciones vale mencionar las siguientes:

- Inaplicación de normas de rango legal o sublegal que resulten contra-productivas para enfrentar los efectos producidos por las “medidas coercitivas unilaterales”
- Implementación de mecanismos financieros a gran escala que permitan restituir progresivamente el valor de las prestaciones sociales, beneficios acumulados y ahorros obtenidos por los trabajadores
- Celebración de actos y negocios requeridos para revertir e impedir la inmovilización de activos
- Reorganización de entes descentralizados con fines empresariales, dentro y fuera del país
- Modificación de los mecanismos de constitución, gestión, administración y participación del Estado en determinadas empresas públicas o mixtas en el territorio nacional o en el exterior
- Implementación de operaciones a nivel nacional e internacional dirigidas a mejorar la administración de pasivos y activos
- Diseño e implantación de mecanismos excepcionales de contratación, compra y pago de bienes y servicios, preferentemente de producción nacional
- Impulso a la inversión privada nacional y extranjera
- Incorporación al desarrollo nacional de todo activo en poder del Estado producto de procesos administrativos o judiciales
- Protección de sectores estratégicos
- Levantamiento de restricciones en la comercialización de ciertos bienes
- Estímulo a la iniciativa social.

Respecto de tan extenso listado de posibles medidas a ser adoptadas por el Poder Público Nacional, especial comentario merece la “inaplicación” de normas de rango legal y sublegal, salvo las relativas a derechos humanos y a la división

del Poder Público **que no correspondan a potestades aprobatorias o autorizatorias**, previstas en los artículos 19 y 21, así como su Disposición Transitoria Primera de la Ley Antibloqueo. En ellas está prevista la posibilidad para el Ejecutivo Nacional de “inaplicar” normas, lo que conforme al artículo 334³⁸ CRBV corresponde en principio únicamente al Poder Judicial y por razones de inconstitucionalidad. En virtud de tales disposiciones, el Ejecutivo Nacional pudiera verse tentado a regular materias sujetas a reserva de ley³⁹, así como liberarse de los controles que corresponde ejercer a la AN, todo lo cual se traducirá en la violación, entre otros, de los artículos 2, 7, 112, 136, 137, 138, 302, 312, 313 y 334 de la Carta Magna. Insistimos que dada la nueva composición de la AN, el Ejecutivo Nacional opte por ser algo más prudente y dejar que sus aliados en el parlamento actúen dentro de la línea de acción que les sea impartida.

Dada la magnitud de las medidas anunciadas por la Ley Antibloqueo, insistimos que a efectos de poner en mayor evidencia sus posibles implicaciones jurídicas, nos centraremos en el presente análisis únicamente a su posible incidencia en el sector de los hidrocarburos líquidos que en definitiva es el sector que continúa representando el verdadero motor de la economía venezolana⁴⁰.

B.1. Reestructuración de los esquemas de participación privada en el ejercicio de las actividades primarias

La Ley Antibloqueo alude en su artículo 25 a la facultad que se confiere al Ejecutivo Nacional para adoptar mecanismos dirigidos a la organización y reorganización de los entes descentralizados con fines empresariales, dentro y fuera del país. Tales medidas han de ir dirigidas a la modernización y mejora de los mecanismos de constitución, gestión, administración, funcionamiento y participación del Estado en ese tipo de entidad, todo ello, **sin perjuicio de lo previsto en la CRBV**.

En virtud de las características del sector petrolero nacional y lo que representa para el país⁴¹, no cabe duda, que respecto de él actuará prioritariamente el

³⁸ Control difuso y concentrado de la constitución.

³⁹ La reserva de ley en materia de libertad de empresa se encuentra consagrada en el artículo 112 de la CRBV, cuando se señala que “todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes...”

⁴⁰ Según declaración del Economista Asdrúbal Oliveros para el año 2021 el Estado venezolano recibirá aproximadamente 9.000 millones de dólares de los cuales 6.000 millones provendrán de la actividad petrolera en tanto que los 3.000 restantes de la actividad minera. <http://www.petroguia.com/pet/noticias/petr%C3%B3leo/econanal%C3%ADtica-pdvs-a-recibir%C3%A1-1-800-millones-adicionales-en-2021-por-aumento-de-la>; consultado en fecha 22 de abril de 2021.

⁴¹ Hace una década la exportación de petróleo y sus derivados representaba 90.000 millones de dólares para la República. En 2020 cuando mucho generará 2.300 millones de dólares para el Tesoro Nacional. En: <https://www.nytimes.com/es/2020/10/07/espanol/america-latina/venezuela-petroleo-maduro.html>

Poder Público Nacional con base en el instrumento en comentario o por cualquier otra de las vías que están a su disposición (AN/Estado de Emergencia/Ley Habitante).

El proyecto de Ley Antibloqueo presentado por Nicolás Maduro Moros a la ANC en octubre de 2020 era explícito en lo que respecta al sector petrolero, al punto que dedicaba tres artículos a esa materia. Independientemente de que esas normas fueron suprimidas del texto finalmente aprobado por la ANC, su esencia quedó igualmente plasmada en su artículo 25.

En materia petrolera, resulta evidente la intención que tiene el Poder Público Nacional de modificar la modalidad bajo la cual actualmente participa el sector privado en el ejercicio de las actividades reservadas, reconocida como una de las causas de la debacle de la Industria Petrolera Nacional (IPN) que actualmente ni siquiera es capaz de cubrir la demanda interna de combustibles líquidos y ha retrocedido en sus niveles de producción de crudo a los años cuarenta del siglo pasado.

Muestra adicional de que sobre ese sector actuará el Poder Público Nacional la representa la intervención del actual presidente de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), Asdrúbal Chávez en reunión celebrada con la Cámara Petrolera Venezolana (CPV), en la que informó sobre los planes que existían en ese sentido y frente a lo cual pareciera haber encontrado receptividad entre sus interlocutores⁴².

Tras seis (6) meses de haberse dictado la Ley Antibloqueo no se conoce de medida concreta adoptada por el Ejecutivo Nacional en la materia. Todo pareciera dar a entender que, dado lo sensible del tema petrolero, Nicolás Maduro preferirá sea la AN quien legisle sobre la materia, a lo que ha puesto como fecha máxima el segundo trimestre del año 2021.

B.1.1. Variación en la composición accionarial de las empresas mixtas

Desde hace varios años diversos sectores del mundo petrolero nacional han venido planteando la urgente necesidad de flexibilizar el régimen de las llamadas empresas mixtas previsto en el artículo 22 de la vigente LOH de 2006, en las que el Estado, de manera directa o indirecta, ha de mantener una participación accionarial superior al 50%, así como permitir el ejercicio de actividades primarias a través de entes totalmente privados, mediante opciones contractuales que no impliquen asociación con el Estado, a través de la figura de la concesión.

⁴² Declaración de presidente de la CPV, Reinaldo Quintero: “Tenemos que coexistir y llegar a un acuerdo nacional y poner por delante los temas económicos y operativos que afectan a la mayoría de la población. Estamos trabajando en la rehabilitación de la industria y para eso partimos de que ambos sectores políticos (Gobierno y oposición) tienen propuestas parecidas como no limitar la participación de privados, permitir la comercialización de productos por parte de privados, gobernabilidad y repago”. <http://www.petroguia.com/pet/noticias/petr%C3%B3leo/presidente-de-pdvsa-propuso-la-cpv-apertura-en-empresas-mixtas-e-importaci%C3%B3n-de>

Cualesquiera sean los planes que en ese sentido tenga en mente el Poder Público Nacional, partiendo del “respeto que se debe a la CRBV⁴³” al que alude en varias oportunidades la propia Ley Antibloqueo, ha de tenerse en cuenta que en materia de hidrocarburos líquidos media una reserva de rango constitucional (Art. 302) que debe ser instrumentada mediante ley orgánica. En ella, según nuestra opinión, puede darse cabida a la participación privada, tanto por la vía contractual asociativa, en la que el Estado tenga cualquier nivel de participación accionarial, como por la vía contractual no asociativa (concesiones). Independientemente de la modalidad que adopte el legislador respecto de la reserva, en ella siempre ha de intervenir PDVSA o el ente corporativo que la sustituya bajo la exclusiva propiedad de la República⁴⁴.

En virtud de que la puesta en práctica de este tipo de medidas exige la intervención de la AN, quien ha de sancionar una ley orgánica a esos efectos, nos preguntamos **¿Cómo pretende actuar a esos fines el Ejecutivo Nacional con base en la Ley Antibloqueo, sin quebrantar adicionalmente al Texto Fundamental?**

Se trata de una materia sujeta al Principio de Reserva de Ley, respecto de la cual debe tenerse presente, sin embargo, el precedente de haber sido regulada en el pasado a través de un Decreto-Ley (2006). Si bien ha sido objeto de polémica el que respecto de este tipo de materia pueda mediar habilitación o tratamiento a través de decretos en el marco de un Estado de Excepción, lo que si pareciera claro es que los principios democráticos que encierra la condición impuesta por el artículo 302 de la CRBV al condicionar la regulación de una materia tan importante como la petrolera a la sanción de una ley orgánica, no podría considerarse válidamente satisfecha mediante una actuación del Presidente de la República fundamentada en una supuesta “Ley Constitucional Antibloqueo”, no prevista en nuestro Texto Fundamental y dictada por una ANC ilegítima en su origen y desempeño.

La sujeción constitucional de determinadas materias al Principio de Reserva Legal supone una decisión por parte del constituyente de considerar ciertos temas de especial relevancia debiendo ser únicamente regulados por el Poder Legislativo. De esa forma el órgano electo popularmente en el que está representada la población (mayorías y minorías), queda a cargo de la sanción del instrumento legal correspondiente, además, sujetándolo a un procedimiento que garantiza la discusión y la consulta, es decir, el pleno ejercicio de la democracia, no sólo representativa, sino también, participativa.

⁴³ Artículo 7.- La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder público están sujetos a esta Constitución.

⁴⁴ Sobre este tema sugerimos la lectura del artículo “Relanzamiento de la Actividad Energética en Venezuela. Primera Entrega. Modalidades de Participación del Sector Privado en las Actividades Primarias. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N° 160.

Tal premisa no sólo aplica respecto de lo previsto en el artículo 302 de la Carta Magna, sino también de lo contemplado en su artículo 112, según el cual, la garantía de la libertad económica no es absoluta pudiendo ser objeto de las limitaciones establecidas por **las leyes**, por razones de desarrollo humano, seguridad, protección del ambiente u otras de interés social.

Pese a la mala redacción del artículo 21 de la Ley Antibloqueo, de él pareciera desprenderse que su propósito no es otro que el de permitir al Ejecutivo Nacional “inaplicar” normas, entre ellas, las que condicionan sus actuaciones a la previa autorización de la AN. Al respecto vale preguntarse si la pretensión de la ANC de que el Ejecutivo Nacional desaplique normas de rango legal abarca también a las que han sido dictadas por mandato constitucional, como ocurre precisamente en el caso que aquí nos ocupa.

Si el artículo 302 de la CRBV ordena que la reserva petrolera sea desarrollada por una ley que, además debe ser orgánica, no es posible, aun en el supuesto de que se aceptara la figura de la “inaplicación” que, tras el ejercicio de esa facultad, el vacío dejado sea llenado por una prescripción dictada por el Ejecutivo Nacional. Ello supondría una clara violación del referido mandato constitucional que conduciría a la nulidad de lo actuado, tal como lo prevé el artículo 138⁴⁵ del Texto Fundamental.

Por más que la Ley Antibloqueo faculte al Ejecutivo Nacional a “inaplicar” leyes, incluidas las orgánicas, con lo que se pretendería obviar el extremo previsto en el artículo 22 de la LOH en virtud del cual el Estado debe contar con una participación mayor al 50% de las acciones de las empresas mixtas, el vacío que ello dejaría únicamente podría ser llenado por otra ley orgánica que debería ser sancionada por una AN legítimamente electa y posteriormente promulgada por un Presidente de la República, igualmente electo de manera legítima.

De inaplicar el Presidente de la República el artículo 22 de la LOH (inaplicación de primer grado) y dictar un acto que permita una participación estatal distinta a la expresamente prevista, estaría incurriendo en un claro caso de usurpación de funciones, evidentemente inconstitucional y nulo, que se vería reforzado con la inaplicación que, adicionalmente supondría del artículo 302 constitucional (inaplicación de segunda grado).

Ante la mácula que impondría tal proceder en una materia tan sensible como la petrolera, es que estimamos que el Ejecutivo Nacional prefirió ser “cauteloso”, si es que cabe el término, dejando en manos de la AN tal actuación. En ese hipotético escenario, quedaría pendiente, sin embargo, medir el impacto que tendría en el acto legal a ser dictado, la ilegitimidad atribuida por buena parte del mundo democrático al cuerpo parlamentario que resultó del cuestionable “proceso electoral” celebrado el 6D2020, al que valga señalar, pertenecen los inversionistas más atractivos en un mundo tan especializado como el petrolero.

⁴⁵ Artículo 138.- Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.

Un tercer escenario que pudiera presentarse respecto del tema aquí tratado es que la AN habilite al Presidente de la República a legislar y que con base en ello, como ocurrió en 2006, Nicolás Maduro Moros reforme la LOH o dicte una nueva LOH. En ese caso, a pesar del antecedente de 2006, tal proceder pudiera ser considerado, por un sector de la doctrina patria, violatorio del artículo 302 constitucional por contrariar la “Reserva de Ley” en él consagrada, lo que, aunado a la ilegitimidad de la AN, mantendría un margen de inseguridad jurídica de considerable magnitud.

La opción que tiene el Ejecutivo Nacional de continuar regulando materias sujetas al Principio de Reserva de Ley mediante decretos dictados con base en la declaratoria de Estados de Emergencia Económica, por períodos que exceden groseramente los límites establecidos en el artículo 338 de la CRBV (60 días prorrogable por otro tanto con la aprobación de la AN⁴⁶), sería también cuestionable, lo que conduciría nuevamente a un escenario incierto desde el punto de vista jurídico.

Más allá de la inaplicación del artículo 22 de la LOH, sería necesario, además, que el Ejecutivo Nacional “inaplicara” el artículo 33 *eiusdem*, según el cual, la constitución de empresas mixtas y las condiciones que regirán la realización de las actividades primarias, requerirán la **aprobación previa de la AN**.

Es precisamente de ese rol contralor de la AN del que pretende liberarse el Ejecutivo Nacional, para lo cual la Ley Antibloqueo incluyó el artículo 21⁴⁷.

Ha sido tradicionalmente considerado que, especialmente en el marco de una reserva de actividad a favor del Estado, contratos del tipo de los de asociación califican como de interés público nacional, por lo que la LOH, como también lo hizo en su momento la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (LOREICH) en 1975, supedita su celebración a la aprobación previa de la AN conforme lo dispone el artículo 150⁴⁸ de la CRBV.

De la norma antes mencionada puede observarse cómo la actuación de la AN no se limita a legislar, sino que también juega un importante papel, junto con otros órganos contralores del Poder Público Nacional, en el resguardo del interés público en referencia a los actos del Ejecutivo Nacional.

En cuanto a la autorización legislativa, comenta el académico venezolano Allan Brewer Carías que la misma tiene por función evitar la adopción de medi-

⁴⁶ Estados de excepción que inician a partir del 14 de enero de 2016, siendo el primero el Decreto N° 2.184, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana N° 6.214; y desde entonces, prorrogados consecutivamente cada sesenta (60) días.

⁴⁷ Artículo 21 (...) En ningún caso podrá inaplicarse normas relativas al ejercicio de derechos humanos, ni aquellas relativas a la división del Poder Público que no correspondan a potestades aprobatorias o autorizatorias.

⁴⁸ Artículo 150.- La celebración de los contratos de interés público nacional requerirán la aprobación de la Asamblea Nacional en los casos que determine la ley.

das de interés general y vital para la nación sin la intervención del Poder Legislativo. Dicha autorización, previa a la conclusión del contrato, se verifica a través de acuerdos, vale decir, actos emanados de la AN en sesión plena, que habilitan a la administración para ejercer el poder jurídico de contratar. El referido autor considera que se trata de actos legislativos en su fondo y en su forma, dictados a instancia de la administración pública y que pueden contener determinaciones sobre las oportunidades, formas y condiciones para que la Administración contrate⁴⁹. En nuestra opinión son actos emanados del Poder Legislativo que no pueden equipararse a una ley, aunque debemos reconocer se trata de uno de esos temas que siempre han suscitado polémica.

Es importante, sin embargo, tener en cuenta que el artículo 150 de la CRBV deja en manos del legislador el exigir si un contrato de interés público nacional requiere o no de autorización previa para ser celebrado. Es decir, que, aun tratándose de contratos de ese tipo, si el legislador no condiciona su celebración al referido control parlamentario, estos pueden celebrarse válidamente sin intervención de la AN.

En un caso como el planteado, si con base en la Ley Antibloqueo se “inaplicara” el artículo 33 (inaplicación de primer grado), no sería necesario inaplicar el artículo 150 de la CRBV (inaplicación de segundo grado), aun cuando en el fondo se estaría atentando contra su espíritu, propósito y razón de ser.

B.1.2. Cabida a convenios no asociativos (concesiones)

Hemos venido sosteniendo en otros estudios⁵⁰ que los términos en que fue consagrada constitucionalmente la reserva de actividades relativas a los hidrocarburos líquidos en los artículos 302 y 303 de la CRBV, permiten la celebración de contratos no asociativos entre el Estado y los particulares, en virtud de los cuales estos últimos puedan ejercer actividades primarias.

En caso de que el Ejecutivo Nacional con base en la Ley Antibloqueo pretenda instrumentar esa opción, tendría que inaplicar la LOH, por cuanto ella no está prevista en su texto. El dictar una nueva normativa que la regule a través de un acto distinto de una ley orgánica, conduciría al mismo escenario antes planteado de violación del artículo 302 de la CRBV, lo que viciaría lo actuado de nulidad absoluta conforme al artículo 138 *eiusdem*.

B.2. Comercialización de combustibles líquidos

De acuerdo con el artículo 31 de la Ley Antibloqueo, cuando resulte necesario proteger sectores productivos fundamentales del país y a los actores que

⁴⁹ Brewer Carías, Allan; Contratos administrativos en procedimiento parlamentario para la aprobación de contratos de interés nacional. Caracas, Imprenta del Congreso de la República, 1973, pp. 80-89.

⁵⁰ Carmona Borjas, Juan Cristóbal, “Relanzamiento de la Actividad Energética en Venezuela. Primera Entrega. Modalidades de Participación del Sector Privado en las Actividades Primarias. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N° 160.

en ellos participan, se autoriza el levantamiento de restricciones a la comercialización de determinadas categorías de sujetos en actividades estratégicas de la economía nacional.

En ese contexto y teniendo en cuenta la crisis que viene registrando el país desde hace algún tiempo en lo que respecta a la producción y, por ende, suministro de combustibles líquidos (gasolina, gasoil y diesel, etc.), otra de las medidas que se especula pudiera adoptar el Ejecutivo Nacional es la de permitirle a los particulares la importación, distribución y expendio de tales productos.

Al respecto lo primero que debe tenerse presente es que en nuestra opinión la reserva de la actividad petrolera consagrada en el artículo 302 constitucional no abarca el comercio interno y externo de derivados de los hidrocarburos líquidos. Así lo asumió el legislador al desarrollar la materia en la LOH al señalar que el comercio interior y exterior de productos derivados de hidrocarburos líquidos puede ser llevado a cabo por particulares previo permiso expedido por el ministerio competente, salvo el que tenga por objeto productos y derivados que el Ejecutivo Nacional haya señalado vía decreto de exclusiva comercialización por empresas de total propiedad de PDVSA (arts. 56 al 58 LOH).

Dos años después de dictada la LOH de 2006, fue sancionada la Ley Orgánica de Reordenamiento del Mercado Interno de los Combustibles Líquidos (LORMICL), publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.019 del 18 de septiembre de 2008, en virtud de la cual se reservó al Estado la actividad de intermediación para el suministro de combustibles líquidos, quien terminó encomendándosela a PDVSA y sus filiales y con ella los establecimientos dedicados al expendio.

En la LORMICL, se reservan también las actividades de transporte terrestre, acuático y de cabotaje de combustibles líquidos. Como consecuencia de tal medida fueron declarados de utilidad pública y de interés social, los bienes, obras, trabajos y servicios que fueren necesarios o complementarios para realizar dichas actividades.

Si bien en 2008 estaba previsto que todos esos bienes fueran adquiridos por el Estado previo el pago de su valor a sus propietarios, se le facultó a ocuparlos, mientras esas negociaciones se llevaban a cabo. Hasta donde tenemos entendido, en la gran mayoría de los casos tales pagos siguen sin efectuarse.

Es importante reiterar que esta reserva, a diferencia de la relativa a las actividades primarias, no es de origen constitucional, sino legal, aun cuando instrumentada igualmente con base en la competencia que a tales fines se confiere a la AN en el artículo 302 del Texto Fundamental, a ser ejercida mediante ley orgánica, de allí que resulten válidos respecto de ella los mismos argumentos expuestos en cuanto a la inaplicación de normas legales e incluso constitucionales.

A efectos del presente análisis, el tema de la distribución y expendio de combustibles puede dividirse en tres grandes bloques la importación, el expendio interno y la exportación.

B.2.1. Importación de combustibles líquidos

Podría decirse que es casi inexistente la normativa reguladora de la importación de gasolina a Venezuela por parte de particulares. Ello es hasta cierto punto lógico, pues bajo el modelo tradicionalmente adoptado en materia petrolera resultaba totalmente imprevisible un escenario de desabastecimiento como el que actualmente confronta el país.

De acuerdo con el artículo 56 de la LOH las actividades de comercialización comprenden el comercio interior y el exterior, de productos y derivados de los hidrocarburos naturales.

Salvo los productos y derivados señalados mediante decreto por el Ejecutivo Nacional, todos los demás pueden ser comercializados por empresas con participación pública y privada en cualquier proporción, así como por empresas privadas (Art. 58 LOH).

La importación de combustibles supone una operación aduanera que, al igual que su exportación, debería considerarse incluida dentro de la noción de comercio exterior, por ende, al margen de la LORMICL que, como su nombre indica, regula únicamente el comercio interno de ese tipo de productos. Siendo ello así, el tratamiento de la importación de combustibles líquidos se limita a lo previsto en la LOH, tal como pareciera haberlo entendido el Ejecutivo Nacional cuando dictó el Decreto N° 4.220 publicado en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 41.890 del 29 de mayo de 2020 mediante el cual exoneró de todas las tasas los combustibles derivados de los hidrocarburos y los aditivos necesarios para mejorar la calidad de la gasolina. La exención también aplica a las compras externas y ventas en el mercado interno hechas por PDVSA, “realizadas por el Estado directamente, o por empresas de su exclusiva propiedad, o por empresas mixtas con participación del capital estatal y privado en cualquier proporción **y por empresas privadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos**”.

Asume pues el Ejecutivo Nacional, que es perfectamente posible para los particulares importar combustible al país, lo cual luce consistente con lo previsto en la LOH.

Si bien pareciera posible que los particulares importen combustibles líquidos, previo el cumplimiento de los extremos que establezca el Ejecutivo Nacional, cosa distinta es que las medidas adoptadas por los EE.UU. y la Unión Europea permitan el ejercicio de dicha actividad sin contratiempos⁵¹.

⁵¹ En declaraciones del constituyente Julio García Zepa: «Hemos tenido que enfrentar situaciones de facto al tener que traer gasolina» afirmó, al consultarlo por la importación de gasolina en el Zulia por parte de privados, lo cual no está contemplado en la Ley de Hidrocarburos. Dijo que la confidencialidad de la Ley Antibloqueo busca garantizar la reserva de los acuerdos entre el sector privado y el gobierno para evitar que los empresarios sean sancionados. Julio García Zepa, Constituyente, admitió que el gobierno ha tenido que hasta caer en piratería

De superarse exitosamente aquellos obstáculos, una vez el combustible ingrese al territorio nacional, su desembarco, almacenamiento y distribución hasta las estaciones de servicios, ameritará de infraestructura especializada y de unos medios actualmente en manos de PDVSA. Ante esa realidad, quizá lo más sencillo para los importadores sea vender el producto a la estatal petrolera de manera que ella se encargue del resto. En ese caso, se agravará aún más el riesgo de que las sanciones recaigan sobre los actores privados involucrados⁵².

De no venderse el combustible a PDVSA, sería necesario aclarar temas como los siguientes: ¿Cómo se transportarán los combustibles al país?; ¿Cómo se desembarcarán los productos?; ¿En qué tanques se almacenarán y a través de qué poliductos se transportarán? y; ¿Quién responderá por la seguridad, calidad y conservación del combustible?

B.2.2. Comercio interno de combustibles líquidos

De acuerdo con la LORMICL, la intermediación del suministro de combustibles líquidos realizada entre PDVSA y los establecimientos dedicados a su expendio, corresponde exclusivamente al Estado.

De igual manera se encuentra reservado el transporte terrestre, acuático y de cabotaje de combustibles líquidos.

Tal actividad ha sido calificada como servicio público de primera necesidad, correspondiéndole a PDVSA o a la filial que ella designe efectuar el abanderamiento de los expendios de combustibles líquidos y de las unidades de transporte reservadas.

Como fue indicado, estamos ante una reserva dictada con fundamento en el artículo 302 constitucional, aunque distinta a la prevista respecto de las actividades primarias. Independientemente de que no tenga rango constitucional, como

para traer gasolina y está garantizado la confidencialidad para empresarios que decidan hacer negocios con el gobierno venezolano. Aseguró que la Ley Antibloqueo está por encima de las leyes orgánicas y por debajo de la Constitución. Disponible en: <<https://www.descifrado.com/2020/10/05/constituyente-garcia-zerpa-admite-el-gobierno-ha-tenido-que-enfrentar-situaciones-de-facto-para-traer-gasolina/>>

⁵² Horacio Medina, ex-gerente de PDVSA indicó al respecto que “Aun sin las sanciones esto sería un desastre. Con las sanciones esto se complica muchísimo más, porque, obviamente, es difícil encontrar quién venda la gasolina a un privado que tiene que presentar una serie de condiciones. Y, segundo, encontrar barcos que estén dispuestos a tomar el riesgo de venir al país, porque el problema está en que esa gasolina viene a Venezuela y el régimen que está sancionado es el de Venezuela”. En este orden de ideas, en junio de este año Estados Unidos sancionó a cuatro compañías marítimas internacionales que transportaron petróleo venezolano entre febrero y marzo. Además de esto, señala Medina que el bajo valor de la gasolina hace que, para que sea rentable su importación, lo mínimo que tendría que importar cada empresa sería 350.000 barriles. Voz de América, “¿Es viable la importación privada de gasolina en Venezuela?” 15 de junio de 2020. Disponible en: <https://www.voanoticias.com/venezuela/es-viable-la-importacion-privada-de-gasolina-en-venezuela>

hemos señalado, toda reserva amerita para su consagración y regulación de una ley de rango orgánico, razón por la cual tienen plena validez en esta materia los argumentos expresados en cuanto a la imposibilidad de inaplicar por la vía de la Ley Antibloqueo a la LOH, sin quebrantar adicionalmente a los artículos 302, 112 y 299 de la CRBV, así como a las que en ella consagran el Principio de Separación de Poderes.

En caso de que se inaplique lo previsto en la LORMICL o ésta sea reformada por la AN, surgen dudas en cuanto a la suficiencia del actual “precio internacional” de la gasolina de US\$ 0,50/1Lt., tomando en cuenta que al expendedor le serán trasladados costos como: precio de adquisición del combustible en el exterior, flete internacional, descarga, almacenamiento y traslado, entre otros. ¿Será acaso posible manejar el mercado interno en ese escenario con base en un precio fijo, cuando aquellos costos variarán constantemente?; o ¿Tendrá que seguir asumiendo el Estado un margen de subsidio para mantenerlo estable?

Un aspecto adicional de especial relevancia en este campo es el relativo al estatus en que actualmente se encuentra la titularidad de los inmuebles (estaciones de servicios) y vehículos de carga cuya posesión tomó el Estado hace trece (13) años y que a la fecha no han sido pagados a sus propietarios originales. ¿Cómo podrá el Ejecutivo Nacional efectuar actos de disposición sobre esos bienes, entre otros, asignarlos a terceros, si respecto de ellos no ha habido adquisición formal por parte del Estado?

B.2.3. Exportación de crudo

De acuerdo con el artículo 57 de la LOH, la comercialización de hidrocarburos en estado natural sólo puede ser llevada a cabo por las empresas a las que se refiere el artículo 27 *eiusdem*, esto es, las de exclusiva propiedad del Estado. De ahí que se obligue a las empresas mixtas a vender los hidrocarburos naturales por ellas extraído a esas entidades.

Uno de los aspectos del modelo instrumentado con la LOH que los inversionistas privados claman porque sea modificado es precisamente el relativo a la exportación de los hidrocarburos líquidos en estado natural. Para que ello tenga lugar en el marco de la Ley Antibloqueo, el artículo 57 de la LOH tendría que ser inaplicado con todas las consecuencias jurídicas a las que hemos hecho referencia.

La AN a través de una reforma de la LOH pudiera atender tal requerimiento, aun cuando con el efecto negativo que supondría su falta de reconocimiento por buena parte del mundo democrático.

B.3. Actividad de refinación

Los artículos 27 y 29 de la Ley Antibloqueo, en los que se contempla la posibilidad de elaborar e implementar operaciones de administración de activos, así como medidas que estimulen y favorezcan la participación del sector privado

en el desarrollo de la economía nacional, pudieran conducirnos a la intención que tiene el Ejecutivo Nacional, según se ha comentado, de dejar en manos de terceros particulares, nacionales o extranjeros, el manejo de las refinerías actualmente existentes en el país⁵³.

A la fecha existen en Venezuela las siguientes refinerías:

- Centro Refinador Paraguaná:
 - Bajo Grande (Zulia) con capacidad para refinar 16 MBD
 - Amuay (Falcón) con capacidad para refinar 635 MBD
 - Cardón (Falcón) con capacidad para refinar 305 MBD
- Refinería de Puerto La Cruz (Anzoátegui) con capacidad para refinar 187 MBD
- Refinería de San Roque (Anzoátegui) con capacidad para refinar 5 MBD
- Refinería El Palito (Carabobo) con capacidad para refinar 140 MBD

De ese potencial refinador que asciende aproximadamente a 1.288MBD, se procesaban para octubre de 2020 un total de 200 MBD.

Dada los constantes accidentes registrados por esa infraestructura, la falta de mantenimiento y actualización de sus componentes y los ingentes recursos económicos que se requieren para ponerla a producir a su total capacidad, de un tiempo a esta parte han corrido fuertes rumores acerca de la posibilidad de que sean terceros, distintos de las operadoras de PDVSA, quienes se encarguen de tan importante actividad.

Si bien conforme al artículo 10 de la LOH las actividades de destilación, purificación y transformación de los hidrocarburos, es decir, la refinación, no está reservada, pudiendo ser llevada a cabo por particulares a través de licencias expedidas por el ministerio competente, las instalaciones propiedad del Estado que existían para el 2006, sus ampliaciones y modificaciones están reservadas a éste y han sido declaradas de utilidad pública e interés social.

La totalidad de las refinerías que existe en Venezuela son anteriores al año 2006, razón por la cual, pertenecen al Estado venezolano/PDVSA. Ello no impide que puedan celebrarse contratos con particulares dirigidos a su reparación y mejoramiento, así como a su operación. En el primer caso, el producto de esos trabajos siempre pertenecerá a la estatal petrolera. En los supuestos de operación por terceros, pudieran celebrarse convenios de gestión, arrendamiento y mejoramiento (*upgrade*), pero no de venta.

⁵³ Amuay, la mayor refinería de Venezuela, podría pasar a ser manejada por funcionarios del gobierno iraní. La medida formaría parte de un nuevo intento del régimen de Nicolás Maduro para “garantizar combustible para el pueblo”, en medio de una profunda escasez de gasolina, en un país que cuenta con las mayores reservas mundiales de petróleo. En: <https://www.cambio16.com/iran-y-maduro-intentan-reactivar-amuay-la-mayor-refineria-de-venezuela/>

Situación distinta sería la de las refinerías que pretendan ser construidas a partir de este momento, respecto de las cuales la reserva en comentario no aplicaría. En todo caso, conforme al artículo 11 de la LOH, tales proyectos deberán responder a un plan nacional aprobado por el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Petróleo y deberán tender a la obtención de combustibles limpios.

De especial importancia resulta también lo previsto en el artículo 15 de la LOH, que a su vez remite al artículo 34.3 *eiusdem*. En virtud de esa norma, las controversias que surjan con ocasión a las licencias para el ejercicio de actividades de refinación otorgadas a particulares, “que no se resuelvan por la vía amistosa, incluido el arbitraje en los casos permitidos por la ley de la materia, serán decididos por los Tribunales de la República de conformidad con las leyes nacionales. A este tema volveremos más adelante.

En caso de que el Ejecutivo Nacional intentara implementar alguna medida con base en la Ley Antibloqueo, en términos distintos a los previstos en la LOH en materia de refinación, dependiendo de lo que decida hacer (Ej. venta), tendría que “inaplicar” algunas de las disposiciones comentadas, respecto de lo cual damos por reproducidos nuestros comentarios en cuanto a la invalidez jurídica de tal proceder. En todo caso, estando reservada legalmente únicamente la propiedad de las instalaciones previas a 2006, no habría necesidad de inaplicar el artículo 57 de la LOH respecto de las que pretendan ser construidas en lo sucesivo y dejadas en manos de particulares.

Sin necesidad de echar mano a la Ley Antibloqueo, perfectamente podrían entonces celebrarse contratos de arrendamiento, mejoramiento y operación del parque refinador actual por parte de particulares, por así permitirlo el ordenamiento jurídico ordinario vigente en el país.

B.4. Reincorporación de bienes y servicios conexos

De acuerdo con el artículo 30 de la Ley Antibloqueo, respecto de los activos actualmente bajo la administración o gestión del Estado, producto de medidas administrativas o judiciales, podrán celebrarse “alianzas” con entidades del sector privado o con el Poder Popular organizado con miras a lograr su efectiva incorporación a los procesos productivos.

Vinculando dicha facultad con la materia petrolera, más allá de lo ya comentado respecto del expendio de combustible (gandolas y estaciones de servicios), lo primero que sale a relucir es la Ley Orgánica que Reserva al Estado los Bienes y Servicios Conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos (LOREBS-CAPH), según la cual, se reservan al Estado, por su carácter estratégico, los bienes y servicios conexos a la realización de las actividades primarias previstas en la LOH, publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.173 de fecha 7 de mayo de 2009.

De acuerdo con dicho instrumento las actividades reservadas serían ejecutadas directamente por la República, por PDVSA o por la filial que ésta designara al efecto, o a través de empresas mixtas bajo el control de PDVSA o sus filiales.

Entre los bienes y servicios conexos a la realización de las actividades primarias previstas en la LOH que fueron reservados se encuentran:

1. La inyección de agua, de vapor o de gas, que permita incrementar la energía de los yacimientos y mejorar el factor de recobro.

2. La compresión de gas.

3. Los destinados a las actividades en el lago de Maracaibo: lanchas para el transporte de personal, buzos y mantenimiento; barcazas con grúa para transporte de materiales, diesel, agua industrial y otros insumos; remolcadores; gabarras planas, boyeras, grúas de ripio, de tendido o reemplazo de tuberías y cables subacuáticos; de mantenimiento de buques en talleres, muelles y diques de cualquier naturaleza.

Establece adicionalmente la ley que los contratos que hayan sido celebrados en las materias objeto de la reserva serán considerados como contratos administrativos, los cuales se extinguirán una vez que el ministerio del poder popular con competencia en materia petrolera lo determine mediante resolución.

Fueron declarados servicios públicos y de interés público y social las obras, bienes y servicios conexos para la realización de actividades primarias de hidrocarburos.

De conformidad con este instrumento, el Ejecutivo Nacional, a través de PDVSA, podía decretar la expropiación, total o parcial de las acciones o bienes de las empresas que realizaban los servicios referidos, de conformidad con lo previsto en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social. El pago sería efectuado con dinero efectivo, títulos valores u obligaciones de personas jurídicas públicas y en ningún caso se tomarían en cuenta ni el lucro cesante ni los daños indirectos para el cálculo de justiprecio, y para la valoración de los bienes se aplicaría el criterio de valor en libro y se deducirían los pasivos laborales y ambientales determinados por las autoridades competentes, si fuere el caso.

De igual forma, importa destacar en cuanto a esta reserva que las resoluciones administrativas del Ministerio de Energía y Petróleo N° 51 (G.O. N°39.174, del 8 de mayo de 2009), N° 54 (G.O N° 39.177 del 13 de mayo de 2009), N° 65 (G.O. N° 39.181, del 19 de mayo de 2009) y N° 67 (G.O N° 39.183, del 21 de mayo de 2009), establecieron los servicios, sectores, bienes y empresas afectados por las medidas de toma de posesión, habiendo pasado al control del Estado a través de PDVSA o de la filial por ésta designada.

PDVSA a través de la filial por ella designada (PDVSA Servicios, S.A./Divisiones Regionales), asumió el inmediato control de las operaciones adelantadas hasta ese momento por las referidas empresas, y tomó posesión de sus instalaciones, documentación, bienes y equipos.

En ese orden, en fecha 20 de mayo de 2009 se dictó la Resolución N° 066 publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.182, del 20 de mayo de 2009, mediante la cual se creó un Comité Estratégico de Ejecu-

ción bajo lineamientos del para entonces Ministerio de Energía y Petróleo, con el objeto de “garantizar la continuidad de las operaciones y el traspaso de los bienes y servicios” expropiados. A dicho Comité, integrado única y exclusivamente por empleados de PDVSA, le correspondería determinar “la forma de operación de los servicios y la modalidad de transferencia de los bienes”.

Ahora bien, tomando en consideración la cláusula de reserva contenida en la LOREBSCAPH, los particulares quedaron excluidos de la realización de las actividades relativas a los servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos, en el entendido de que éstas sólo pueden ser realizadas por la República, PDVSA, la filial que ésta designare al efecto, o por empresas mixtas sometidas al control de PDVSA o de las filiales por ella designadas.

No obstante haberse dictado la LOREBSCAPH, sin hacer alusión a ella como si se tratara de materias independientes, sorprendió la posterior publicación en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 40.845 de fecha 10 de febrero de 2015 del Decreto N° 2.231, mediante el cual se autoriza la creación de la Compañía Anónima Militar de Industrias Mineras, Petrolíferas y de Gas (CAMIMPEG).

A pesar del objeto social de la empresa CAMIMPEG, se adscribe al Ministerio del Poder Popular para la Defensa. Dentro del largo listado de actividades que definen su cometido, vale destacar las siguientes:

- a) Servicios requeridos en el área de rehabilitación y mantenimiento de pozos petroleros
- b) Reparación, mantenimiento y administración de taladros de perforación
- c) Fabricación, reparación y mantenimiento de estaciones de flujo, bombeo y plantas compresoras en áreas terrestres y marinas
- d) Servicios de transporte a nivel nacional e internacional, en las áreas de transporte lacustre, marítimo y terrestre, nacional e internacional, mediante el suministro de lanchas, barcazas, gabarras, etc.
- e) Construcción de obras civiles en general
- f) Asistencia técnica.

A mediados del año 2016 se intentó revertir la reserva en comentarios, en una negociación que adelantaba el entonces ex-ministro de petróleo y ex-presidente de PDVSA, Eulogio Del Pino, quien en un acto de la CPV aseguró que esta medida había sido un error. Sin embargo, nunca se concretó la devolución de las empresas al sector privado por la crítica que hicieron dirigentes del PSUV como Diosdado Cabello, Elías Jaua y el ex-presidente de PDVSA, Rafael Ramírez⁵⁴.

⁵⁴ Petroguía, “Parlamento venezolano aprobó devolver a privados empresas de servicios petroleros estatizadas por Chávez”, 12 de julio, 2018. Disponible en: <<http://www.petroguia.com/pet/noticias/petr%C3%B3leo/parlamento-venezolano-aprob%C3%B3-devolver-privados-empresas-de-servicios-petroleros>>

En julio de 2018, la AN sancionó la Reforma de la LOREBSCAPH, con el fin de rectificar parcialmente la decisión de Hugo Chávez del año 2009. Sin embargo, esta normativa no se promulgó en tanto, según decisión del TSJ, la AN se encontraba en desacato al momento de aprobarla⁵⁵.

Visto lo anterior, para permitir la actuación del sector privado en la utilización de esos bienes y en el ejercicio de las actividades reservadas por la LOREBSCAPH, tendría que pasarse por la previa inaplicación de la totalidad de ese instrumento o por su reforma por parte de la AN, con las mismas implicaciones en cuanto a invalidez que hemos venido comentando.

La AN pudiera optar por derogar o reformar a la LOREBSCAPH, con las mismas consecuencias comentadas.

B.5. Impulso a la inversión privada

De acuerdo con el artículo 29 de la Ley Antibloqueo, el Ejecutivo Nacional instrumentará medidas que estimulen la participación del sector privado nacional e internacional en la economía del país.

El artículo 34 *eiusdem*, en función de ese objetivo, contempla la posibilidad de que se acuerden cláusulas de protección de la inversión y de resolución de controversias, a los fines de generar confianza y estabilidad.

Las condiciones mínimas requeridas para que la economía opere apropiadamente, son comunes tanto respecto de la inversión privada nacional como de la extranjera, entre ellas, la seguridad jurídica. El riesgo de invertir en el propio país y más aún en uno ajeno, sujeto a actos dictados por órganos electos o que operen de manera ilegítima; expuestos por tanto a una futura declaratoria de nulidad y a sanciones dictadas por terceros Estados, luce temerario, aunque los menos escrupulosos vean en ello una oportunidad de intentar hacer un negocio, no con miras a contribuir al desarrollo del país, sino a la consolidación de su patrimonio personal.

Respecto al propósito que se desprende del artículo 34 de la Ley Antibloqueo de incluir mecanismos alternativos de resolución de conflictos en los contratos a ser suscritos por la República con inversionistas privados, entre ellos, el arbitraje, lo primero que debe mencionarse es lo previsto en el artículo 151 constitucional en virtud del cual, a los contratos de interés público, **si no fuere improcedente de acuerdo con su naturaleza**, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula, según la cual, las controversias habrán de ser decididas por los tribunales de la República conforme a las leyes nacionales.

⁵⁵ Finanzas Digital, “AN: Sancionada ley que permitirá la participación privada en las actividades de hidrocarburos”, 10 de julio, 2018. Disponible en: <<https://www.finanzasdigital.com/2018/07/an-sancionada-ley-que-permitira-la-participacion-privada-en-las-actividades-de-hidrocarburos/>>

En materia de hidrocarburos líquidos, en lo atinente a los contratos de asociación de los que devienen las empresas mixtas, el artículo 34 de la LOH repitió lo previsto en el artículo 151 constitucional, pero los Acuerdos dictados por la AN respecto de cada empresa mixta dieron un paso hacia adelante al sujetar la resolución de disputas a los tribunales y a las leyes venezolanas, excluyendo así el arbitraje como opción.

Como fue adelantado, lo propio ocurre en materia de conflictos suscitados con ocasión a las licencias para el ejercicio de actividades de refinación.

Sobre este tema, aunque en el contexto de la llamada Apertura Petrolera (1994), la extinta Corte Suprema de Justicia (CSJ) mediante sentencia de fecha 17 de agosto de 1999 en pleno accidental señaló que si bien no cabían dudas acerca del carácter de interés público que tenían los convenios de asociación, tal condición no era suficiente para considerarlos sujetos en forma exclusiva a la jurisdicción de los tribunales de la República, por cuanto ello dependía de que "... no fuera improcedente con la naturaleza de los mismos". Se enfatizaba así que la Constitución de 1961 se había acogido "... al sistema de inmunidad relativa que había sido establecido en la Constitución de 1947. Sistema que, por lo demás, impera en los países desarrollados que permanentemente someten sus controversias internacionales a los árbitros que elijan uno y otro Estado, buscando con ello evitar que la jurisdicción interna de alguno de ellos tienda —como pareciera inevitable— a favorecer a su país en la disputa de que se trate"⁵⁶.

Al respecto señaló la CSJ que el artículo 127 de la Constitución Nacional de 1961 (hoy día, 151 CRBV) no se circunscribía únicamente a los contratos celebrados entre Estados soberanos o entre un Estado soberano y organismos de derecho internacional público, resultando por tanto aplicable también a contratos suscritos por instrumentalidades del Estado, como era el caso de una filial de PDVSA.

El tema central respecto de esta denuncia era la naturaleza del contrato, que obviamente aludía a algo distinto a su carácter de "contrato de interés público", su contenido práctico. Al respecto estableció el sentenciador:

"Considera esta Corte, además, que esa 'naturaleza' a la que se refiere el artículo *in comento* no puede reducirse única y exclusivamente a la índole comercial, pues se incurriría en el error de excluir otro tipo de contrataciones que, no siendo de naturaleza mercantil, las circunstancias de la negociación también exigen o recomiendan la inclusión de la cláusula arbitral. Esto conlleva [sic] a concluir, que la Administración puede y debe estimar la circunstancia específica del caso, y siempre que en ella esté involucrado el interés general, el interés público, en definitiva, la conveniencia del colectivo, la idoneidad del arbitraje como mecanismo que coadyuve al

⁵⁶ Sala Político-Administrativa, Corte Suprema de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 141, de fecha 17 de agosto de 1999.

mejor cumplimiento de los fines perseguidos con la contratación, lo que de ninguna manera postula una discrecionalidad en sentido lato, pues, se preserva de ello el artículo 126 de la Constitución, cuando exige la aprobación del Congreso Nacional al tratarse de contratos de interés nacional.

[...] En razón de lo expuesto, estima esta Corte que, en el caso concreto de los Convenios de Asociación autorizados por el Acuerdo del Congreso de fecha 4 de julio de 1995, su naturaleza no solamente comercial sino de trascendencia para la consecución de las medidas económicas adoptadas por la Administración y validadas por el Congreso Nacional, se subsume en el supuesto previsto en la norma constitucional, por lo que al no infringirla debe declararse improcedente el alegato de inconstitucionalidad por esta causa y así se declara⁵⁷.

A pesar de ser aquella la postura de la extinta CSJ, la AN al dictar los acuerdos definitorios de los términos y condiciones de constitución de empresas mixtas a partir del año 2007, asumió la posición de que las controversias que no se resolvieran amigablemente entre las partes, lo serían únicamente a través de los tribunales de la República.

En virtud de lo anterior, para proceder en el sentido que pudiera pensarse aspira el Ejecutivo Nacional, éste es, dándole cabida al arbitraje, entre otros, en el caso de las controversias surgidas entre accionistas de empresas mixtas, los acuerdos de la AN tendrían que ser inaplicados por el Ejecutivo Nacional o reformados por la nueva AN, con todas las consecuencias que hemos venido comentando.

Respecto de la implementación de esta medida vale preguntarse hasta qué punto tendrá efectividad y validez una cláusula arbitral que haya sido incorporada en un contrato con fundamento en una medida inconstitucionalmente adoptada por el Ejecutivo Nacional, como lo sería la que inaplique lo previsto en el Acuerdo de la AN.

Respecto de otras materias, aun dentro del mundo petrolero, debe tenerse presente el artículo 61 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.394 Extraordinario del 25 de octubre de 1999 (DLOPIP), según el cual, para la solución de los conflictos que surjan con motivo de la ejecución, desarrollo o extinción de los contratos regulados por este Decreto-Ley, las partes podrán utilizar mecanismos de solución directa tales como la conciliación y la transacción. También se contempla la figura del Tribunal Arbitral.

Siendo ello así, respecto de cualquier contrato diferente a los que alude el artículo 151 de la CRBV, lo previsto en el precitado artículo puede ser adoptado

⁵⁷ Ídem.

como política, con o sin Ley Antibloqueo de por medio, siempre y cuando se modifique por los canales regulares el Acuerdo de la AN.

B.6. Administración de activos

De acuerdo con el artículo 27 de la Ley Antibloqueo se podrán adoptar medidas dirigidas a administrar activos de la República de la manera que se estime conveniente a los fines de incrementar el flujo de divisas, aumentar su rentabilidad y recuperar la calidad de vida del pueblo venezolano, todo sin perjuicio de lo establecido en la CRBV.

Dentro de este tipo de operaciones cabe avizorar, entre otras, la venta, arrendamiento, gravamen, concesión y alianza de operación que tengan por objeto activos públicos.

Dependiendo del tipo de bien del que se trate, del sector al que pertenezcan y de quién sea su propietario, el tratamiento jurídico aplicable a la luz del ordenamiento jurídico ordinario variará, pudiendo verse afectado de distinta manera bajo la vigencia e instrumentación de la Ley Antibloqueo. Dada la amplia gama de escenarios que pudieran presentarse en ese ámbito, nos limitaremos simplemente a resaltar algunas notas relevantes de operaciones que tengan por objeto activos propiedad de PDVSA y sus empresas filiales, en Venezuela y el exterior.

En líneas generales los actos de disposición de los bienes públicos quedan sujetos a lo previsto en el Decreto Ley Orgánica de Bienes Públicos (DLOBP), publicado en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.155 Extraordinario. De acuerdo con ese instrumento, califican de bienes públicos, por ende, sujetos a su normativa, tanto los que son propiedad de la República, como los que pertenecen a las empresas del Estado (PDVSA y sus filiales).

Independientemente de que dentro de los bienes públicos existen diversas categorías, cada una sujeta a un régimen jurídico diferente, a los efectos que aquí interesa nos limitaremos a señalar que el DLOBP, adopta diversas medidas dirigidas a controlarlos, registrarlos y valorarlos para lo que se cuenta con la actuación de la Superintendencia de Bienes Públicos y la Comisión de Enajenación de Bienes Públicos de la AN, todo ello en línea con lo previsto en el artículo 141 de la CRBV, clara expresión de la llamada “Doctrina de la Buena Administración” que ha de imperar en el sector público.

Autorizaciones, notificaciones, motivación de ciertos actos, inscripción en registros, constitución de fianzas, cumplimiento de derechos de preferencia, avalúos de peritos autorizados, mínimo de ofertas públicas, carácter excepcional de la adjudicación directa, comisiones de licitación, prohibición de contratar con cierto tipo de personas, son algunas de las medidas adoptadas para la protección y correcta administración de los bienes públicos, algunas de las cuales pudiera pretender el Ejecutivo Nacional desaplicar con base en la Ley Antibloqueo.

Una clara opción para lograr la desnacionalización de determinados sectores o actividades económicas podemos encontrarla en las llamadas privatizaciones,

una de cuyas expresiones o mecanismos de concreción es la transferencia onerosa a particulares de las acciones de las que es titular la República en sociedades mercantiles.

Como hemos señalado, el tratamiento a serle conferido a ese tipo de acto de disposición variará según el régimen jurídico aplicable a las empresas involucradas. En algunos casos, éstas operan en sectores reservados (Ej. PDVSA y sus operadoras), en otros, se consideran simples bienes del dominio privado sometidos a un régimen jurídico más flexible.

Es así, por ejemplo, que en el caso de PDVSA el artículo 303 constitucional es claro y contundente al prohibir la venta total o parcial de las acciones que tiene la República en la estatal petrolera. Caso distinto es el de las acciones de las filiales total propiedad de PDVSA y de las empresas mixtas a que alude esa misma norma. Con relación a la venta de este tipo de bienes (acciones) de empresas básicas, el DLOBP remite a la normativa reguladora de procesos de privatización, conservando, dicho decreto-ley, aplicación supletoria.

Respecto de los bienes públicos, no sólo la venta pudiera plantearse, sino también, la constitución de gravámenes, opciones estas a ser analizadas a continuación, siempre en el contexto de la IPN.

Uno de los problemas que confrontará el Ejecutivo Nacional en cualquiera de los escenarios planteados lo constituye el haber recurrido en el pasado a vías de hecho para tomar posesión de bienes propiedad privada. La posesión por parte del Estado de esos bienes en esos términos se torna ilícita e impide, hasta tanto el pago de su valor no se efectúe, realizar otros actos de disposición a favor de terceros del sector privado. Tal es el caso ya comentado de las estaciones de servicios y de los bienes vinculados a la prestación de servicios conexos al sector petrolero.

B.6.1. Venta de acciones

Como fue indicado, una de las medidas que con mayor urgencia pretende instrumentar el Ejecutivo Nacional tras la inaplicación o reforma del artículo 22 de la LOH es la venta de las acciones de las que es titular la Corporación Venezolana de Petroleros, S.A. (CVP) en las empresas mixtas.

Al respecto cabe preguntarse cuáles serían las implicaciones que frente a esa decisión pudiera tener la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Privatización publicada en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 5.199 Extraordinario del 30 de diciembre de 1997 que aún continúa vigente. Este instrumento señala en su artículo 11 que “La enajenación parcial o total de las acciones en empresas básicas o estratégicas, independientemente de cuál sea el porcentaje de participación del Estado en el capital social de las mismas, **deberá ser previamente aprobado por el Congreso de la República**”.

Si bien aquella norma es previa a la CRBV, actualmente somete a autorización de la AN únicamente a la enajenación de bienes inmuebles del dominio privado de la Nación, con las excepciones que establezca la ley.

De acuerdo con los estatutos de las empresas mixtas, la CVP no puede transferir a particulares sus acciones sin el consentimiento previo del ministro de petróleo. No queda del todo claro si este tipo de venta tiene que ser aprobada por la AN, especialmente en aquellos casos que impliquen el ingreso de nuevos socios.

B.6.2. Gravámenes de acciones

A pesar de la controversia suscitada recientemente con el gravamen impuesto a las acciones de las que es propietaria PDVSA en CITGO, el Ejecutivo Nacional pudiera pretender repetir esa práctica, especialmente respecto de acciones de las que es titular la estatal petrolera en otras entidades constituidas igualmente en el exterior, así como de las que son propiedad de la República, directa o indirectamente, a través de otras empresas del Estado.

Es el caso que, PDVSA en forma directa o indirecta es titular de acciones de compañías constituidas en distintos países (aproximadamente 89) que son a su vez propietarias de refinerías o inmuebles de significativo valor. Aunque buena parte de esas compañías e instalaciones se encuentran domiciliadas y ubicadas en los Estados Unidos de Norteamérica⁵⁸, cuyas autoridades pudieran adoptar medidas restrictivas o prohibitivas adicionales a las dictadas respecto de CITGO⁵⁹, también hay entidades en otras jurisdicciones en las que esos impedimentos aún no existen.

En caso de que en el marco de algún endeudamiento público PDVSA pretendiera constituir gravámenes que tuvieran por objeto acciones en algunas de sus filiales, más allá de lo que implican los estatutos de cada una de ellas y la normativa del país en la que están constituidas, a los efectos que aquí interesa, debe tenerse presente su calificación como operaciones de crédito público de acuerdo con el artículo 80 de la LOAFSP.

Respecto de este tipo de operaciones, el artículo 105 de esa ley establece que:

“Artículo 105.- No se podrá contratar operaciones de crédito público con garantía o privilegios sobre bienes o rentas nacionales, estatales o municipales.” (Subrayado nuestro).

⁵⁸ A) USA: i) Citgo International Corporation: Lake Charles (Golfo de México - 425 MBD), Corpus Christi (Golfo de México - 157 MBD), Lemont (Norte de EE.UU - 167 MBD); ii) Chalmette Refining LLC en sociedad con ExxonMobil (Chalmette/Louisiana - 184 MBD); Merey Sweeny LP en sociedad con ConocoPhillips (Coquificadora Retardada - 58 MBD); HOVENSA (USA Virgin Islands - Terminal); B) Curazao: Refinería Islas (alquiler); C) Cuba: CUVETRO (Camilo Cienfuegos - 65 MBD); D) Jamaica: Petrojam Limited (en sociedad con Corporación de Crudo de Jamaica - 35 MBD); República Dominicana: REFIDONSA; D) Suecia: Nynas AB en asociación con Nestleoil, B.V. (con refinerías en Alemania e Inglaterra).

⁵⁹ El Departamento del tesoro emitió una licencia [Licencia General 5D] que restringía cualquier operación con las acciones de CITGO. Esta licencia fue extendida por la Licencia General 5E, hasta el 19 de enero de 2021.

Conforme al artículo 101 de la LOAFSP, PDVSA se encuentra liberada de la obligación de obtener autorización previa de la AN respecto de las operaciones de crédito público que pretenda celebrar. Tal tratamiento aplica respecto de todo lo previsto en el Título V (Sistema de Crédito Público) de la LOAFSP, razón por la cual, pudiera pensarse que a PDVSA no le resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 105 antes transcrito.

Adicionalmente, de interpretarse literalmente dicha norma, podría afirmarse que las acciones de PDVSA en tales compañías no son en principio bienes nacionales, en tanto, PDVSA, que es su titular, es una persona jurídica distinta de la República. Cabría la duda, sin embargo, de si es posible extender el alcance de aquella disposición no sólo a los bienes propiedad directa de la República, sino también, indirecta, es decir, los poseídos a través de sus instrumentalidades.

Ante tal reflexión resulta forzoso referirse a lo dispuesto en el DLOAB, en cuyo artículo 4 queda clara su aplicación, como parte del Sector Público a las sociedades mercantiles en las cuales: i) La República o las demás personas a que se refiere dicho artículo tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital social; ii) las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional (PDVSA) y; iii) Las sociedades mercantiles en las cuales las personas a que se refiere el numeral anterior tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital social (Ej. Operadoras de PDVSA).

De acuerdo con el artículo 5 del DLOAB:

“Artículo 5.- Se consideran Bienes Públicos:

1. Los bienes muebles e inmuebles, títulos valor, acciones, cuotas o participaciones en sociedades y demás derechos, de dominio público o de dominio privado, que hayan adquirido o adquieran los órganos y entes que conforman el Sector Público, independientemente del nivel de gobierno al que pertenezcan;

(...)

Dentro de los Bienes Públicos, se establecen las siguientes categorías: Bienes Nacionales. Son Bienes Nacionales, los bienes públicos, de dominio público o privado propiedad de La República, de los institutos autónomos y de las empresas del Estado, de las demás personas en que los entes antes mencionados tengan una participación superior al 50% del capital social y de las consideradas fundaciones del Estado.” (Subrayado nuestro)

Con base en la precitada norma, no cabe duda, que las acciones de las que es titular la República en PDVSA, así como las que tiene PDVSA en sus filiales⁶⁰

⁶⁰ Según estudios efectuados por Transparencia Venezuela existen alrededor de 90 empresas de este tipo en el exterior.

y éstas en las empresas que a su vez posean, califican como Bienes Públicos Nacionales, sujetos al DLOAB, respecto de los cuales, conforme al artículo 105 de la LOAFSP, no pueden constituirse garantías.

Visto lo anterior, resulta forzoso preguntarse si esa noción se extiende también a las filiales que tenga PDVSA en el exterior, como es el caso de las aquí comentadas.

A aquellos fines resulta valioso el aporte efectuado por el abogado venezolano José Ignacio Hernández, referido al caso de CITGO, pero igualmente aplicable a cualquier otro supuesto que involucre filiales directa o indirectamente propiedad de PDVSA, según el cual:

“(…) en Venezuela, toda sociedad mercantil en la cual el Estado (directamente o por medio de cualquier ente público) tenga una participación decisiva, es una empresa pública o empresa del Estado que, como tal, forma parte del sector público. Ese es el caso, precisamente, de Citgo, que indirectamente es una filial de Pdvsa, empresa en la cual la República es el único accionista”⁶¹.

En lo que respecta a la aplicación extraterritorial de las leyes sobre patrimonio público señala José Ignacio Hernández, lo siguiente:

“Las Leyes, por lo general, solo aplican dentro del territorio del Estado que las dicta. Esto es lo que se llama “aplicación territorial de la Ley”. Por el contrario, en ciertos casos, la Ley puede aplicarse fuera del territorio del Estado que las dicta. Esto es lo que se llama “aplicación extraterritorial de la Ley”. Para que esa aplicación pueda darse se requiere algún punto de conexión con el Estado, como, por ejemplo, la nacionalidad. La lucha contra la corrupción es una de las materias en las cuales, precisamente, se establece la aplicación extraterritorial de la Ley. Bajo este principio, el Estado puede aplicar Leyes contra la corrupción, incluso, por actos cometidos por sus nacionales en el extranjero, y que supongan una violación al patrimonio público. Así sucede con la Ley contra la Corrupción. De acuerdo con su artículo 3, esa Ley aplica, incluso, a las personas que “cumplan funciones o realicen actividades fuera del territorio de la República” (artículo 3). Esto significa que las normas contra la corrupción, que protegen el patrimonio público, aplican a ese patrimonio, incluso, ubicado fuera del territorio venezolano. Citgo es, como vimos, una empresa pública. Esto implica que todos los activos de Citgo (entre ellos, tres refinerías y cerca de seis mil estaciones de gasolina) son bienes del patrimonio público (artículo 4, Ley contra la Corrupción). O sea, bienes del Estado venezolano que por tal razón se rigen por Leyes venezolanos, aun estando ubicados en el exterior”⁶².

⁶¹ Hernández, José Ignacio. PRODAVINCI. 2014.

⁶² Ídem.

Compartimos plenamente la posición, según la cual, el hecho de que el objeto de la garantía que pretende ofrecer PDVSA sean acciones de una empresa constituida en el exterior, indirectamente por ella poseída, no las excluye de la noción de patrimonio público sujeta a los controles dirigidos a su sana administración que, permitan o justifican la aplicación extraterritorial de la ley.

Visto lo anterior, puede señalarse que: i) al no haber distinguido el legislador en cuanto a la ubicación de los bienes nacionales (Art. 105 LOAFSP); ii) venir dado su carácter en función de su titular y no de su ubicación (empresas del Estado); iii) ser el objeto de la garantía un bien nacional (acciones indirectamente propiedad de la República) y; iv) resultar aplicables extraterritorialmente las leyes dirigidas a preservar la sana administración del patrimonio público, surgen válidamente dudas en cuanto a la posibilidad que tendría PDVSA de pignorar las acciones de las que es titular en empresas constituidas en el exterior, tal como lo prohíbe el artículo 105 de la LOAFSP.

Bajo esta línea de pensamiento, pareciera tornarse inútil lo dispuesto en el artículo 101 *eiusdem*, por cuanto al ser las acciones de PDVSA o sus filiales, directa o indirectamente propiedad de la República y calificar de bienes públicos nacionales, nunca sería posible su gravamen, a pesar de estar exenta la estatal petrolera de lo previsto en el Título V de la LOAFSP. Se trata de un tema no muy bien tratado por el ordenamiento jurídico venezolano que valdría la pena precisar de mejor manera, respecto del cual en principio tendemos a sostener se traduce en una limitante no sólo para la República sino también para la estatal petrolera por efecto de lo previsto en la LOABP y la Ley Contra la Corrupción (LCC).

En todo caso, respecto de una pretensión de este tipo jugará papel importante el hecho de que en buena parte de las empresas cuyas acciones pudieran pignorarse, PDVSA no es el único accionista y que más allá de las que son dueñas de las refinerías ubicadas en Europa y en los Estados Unidos de Norteamérica, las demás pueden resultar poco atractivas para quienes pretendan ver garantizados sus créditos contra la estatal petrolera.

Cualquier pretensión que aliente al Ejecutivo Nacional a constituir garantías que tengan por objeto bienes públicos, tendría que pasar por la inaplicación con base en la Ley Antibloqueo de los artículos 82 y 105 de la LOAFSP y 5 del DLOABP, pero más grave aún, desconocer el artículo 312 de la CRBV.

B.7. Operaciones de administración de pasivos

Como fue señalado, una de las mayores dificultades que enfrenta el país la representa el nivel de endeudamiento alcanzado no sólo por la República, sino también, por PDVSA. Tal problemática se ve incrementada por los pasivos contingentes que la afectan producto de los multimillonarios procesos y reclamos judiciales y extrajudiciales iniciados en su contra.

Son diversas las fuentes que conducen a los elevados niveles de endeudamiento de PDVSA reportados a la fecha, entre ellos:

- Bonos sin garantía emitidos por la República, PDVSA y la C.A. La Electricidad de Caracas.
- Bonos emitidos por PDVSA con garantía real sobre las acciones de Citgo Holding Inc. (Bonos 2020).
- Créditos otorgados por China y Rusia a cambio de venta a futuro de petróleo.
- Créditos de suplidores y contratistas.
- Reclamos e indemnizaciones derivadas de expropiaciones efectuadas por la República, que se encuentran en diferentes etapas litigiosas.
- Créditos de organismos multilaterales como el Banco Interamericano de Desarrollo y la Corporación Andina de Fomento.
- Otros créditos bilaterales, distintos a los otorgados por Rusia y China.
- Créditos del Banco de Cooperación Internacional de Japón contra Petróleos de Venezuela S.A. y otros créditos no financieros en contra de PDVSA⁶³.

Frente a la imposibilidad que ha registrado la República de asumir nueva deuda a nivel internacional, así como de reestructurar o refinanciar la existente, tanto por la situación de “desacato” en la que supuestamente se encontraba la AN hasta el 5 de enero de 2021, como por las “sanciones” adoptadas por los EE.UU. y por otros países del mundo⁶⁴, pudiera especularse que la Ley Antibloqueo pretende habilitar algunos mecanismos para enfrentar tal situación, aunque también pudiera aspirar el Ejecutivo Nacional que tras las elecciones del 6D2020 sea la nueva AN la que actúe en ese sentido.

De acuerdo con el artículo 312 de la CRBV, las operaciones de crédito público requieren, para su validez, de una ley especial que las autorice, salvo las excepciones que establezca la ley orgánica, entre las cuales, insistimos, se encuentran las celebradas por PDVSA.

PDVSA, por su parte, no requiere de autorización de la AN a los fines de su endeudamiento por lo que no tendría que recurrirse a la Ley Antibloqueo para hacerlo, salvo por lo comentado respecto del artículo 105 de la LOAFSP que, de ser desaplicado implicaría una violación adicional del artículo 312 constitucional.

⁶³ Guilliod Rafael, Comentarios sobre el Régimen Jurídico de la Deuda Pública Externa de Venezuela. En: Revista de Derecho Público N° 151-152, Julio -Diciembre 2017, EJV, p. 132.

⁶⁴ **La Unión Europea** sancionó a funcionarios venezolanos por ser señalados como autores del deterioro de la democracia; asimismo, aprobó un embargo de armas y material susceptible de ser utilizado para la represión en Venezuela. El Consejo de la Unión Europea en sesión del 12 de noviembre de 2020 extendió hasta el 14 de noviembre de 2021 las sanciones impuestas. **Panamá, Suiza, México, Canadá y el Reino Unido** son otros países que han aplicado sanciones [mayormente congelando los fondos de altos funcionarios].

B.8. *Mecanismos de contratación*

Conforme al artículo 28 de la Ley Antibloqueo, el Ejecutivo Nacional diseñará e implementará mecanismos excepcionales de contratación, compra y pago de bienes y servicios, dando preferencia a la producción nacional. Se dará prioridad a aquellas contrataciones dirigidas a atender los derechos fundamentales, que generen divisas e impliquen sustitución selectiva de importaciones.

Si en algún ámbito cobra importancia lo establecido en el artículo 141 de la CRBV es en el relativo a la contratación pública. Principios como los 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, deben procurarse a lo largo de todo proceso de contratación, lo que podría verse empañado o violentado en el marco de la Ley Antibloqueo, dado que en ella impera la reserva, confidencialidad y divulgación limitada de información.

En materia de celebración de contratos por parte del sector público de especial relevancia es el Decreto - Ley de Contratación Pública publicado en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.154 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014 (DLCP).

En dicho instrumento se desarrollan medidas de control orientados a garantizar que las fases de selección del contratista, así como la de ejecución de las obras, se realicen fundamentadas en los principios de economía, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia, y en cumplimiento de la normativa que regula la materia de contrataciones. La conformación de comisiones de contratación, registro nacional de contratistas, acreditación, prohibición de fraccionamientos, concurso abierto y cerrado y garantías, son entre otras, medidas concretas previstas en el DLCP a esos fines.

Los principios sustanciales y formales de legalidad, concurrencia o competencia, igualdad, posibilidad de recurrir, formalismo moderado, publicidad, información, eficiencia, uniformidad, celeridad y buena fe son parte de los procesos de contratación pública.

Cuando existen Estados de excepción se permite suspender la aplicación de los procedimientos ordinarios de contratación.

La Ley Antibloqueo pareciera pretender liberar a la República de los procedimientos, limitaciones y controles previstos en el DLCP, lo que se torna altamente peligroso al tratarse la contratación pública de una materia generalmente propicia para actos de corrupción administrativa.

De acuerdo con el artículo 3 del DLCP este instrumento es aplicable a la República y a las empresas en las que ésta tenga una participación superior al 50% (PDVSA) y a las entidades en las que estas últimas tengan a su vez esa misma participación mínima (Ej. CVP). La redacción de esta norma ha suscitado dudas

en cuanto al ámbito subjetivo de la ley, en cuanto a si se comprende únicamente hasta a las filiales de segundo grado. Las empresas mixtas serían en todo caso entidades que respecto de la República son de tercer grado que, dependiendo de la correcta interpretación del artículo 3 del DLCP, quedarían o no al margen de ese instrumento, no resultando en consecuencia necesario aplicar medidas con base en la Ley Antibloqueo para flexibilizar su régimen de contratación.

La figura de la alianza sea estratégica o comercial, se presenta como una de las principales alternativas para el Ejecutivo Nacional, especialmente para aquellos casos en que teniendo el control de ciertos bienes no tiene la propiedad por haberlos tomado por vías de hecho. La definición que de las alianzas ofrece el DLCP da para cualquier cosa, en tanto se trata de mecanismos de cooperación para la obtención de bienes, servicios u obras asociados al proceso productivo o a las actividades sustantivas del contratante (Estado). Cuando la alianza es de carácter comercial, como luce lógico ocurra en el caso que nos ocupa, el objetivo común específico para el beneficio mutuo no es otro que el ánimo de obtención de lucro o remuneración en general. Al respecto debe establecerse en el documento donde se formalice la alianza, las ventajas que aquélla representa para el contratante en comparación con la aplicación de las modalidades de selección ordinaria de contratistas.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Guardando las distancias en hechos, intenciones, actores y tiempo, el nuevo capítulo que representa la Ley Antibloqueo en la lamentable historia de Venezuela, recuerda la receta concebida por los “juristas” del Tercer Reich en Alemania que vale la pena aquí reseñar brevemente, dados sus muchos puntos de coincidencia.

Carl Schmitt, probablemente el más notorio de esos “abogados”, opinaba que a la luz del artículo 48 de la Constitución de Weimar⁶⁵ de 1919:

“El Presidente del *Reich*, con arreglo a la jurisprudencia mayoritaria, estaba en libertad de atentar contra todo el sistema de normas legales vigentes y de ponerlo a su servicio. Puede dictar normas generales y crear por sí solo, para su aplicación e incluso ejecución, nuevas instituciones especiales y organismos extraordinarios. En otras palabras, es un dictador soberano, reúne en sus manos la legislación y la aplicación de la ley y puede ejecutar

⁶⁵ Artículo 48 Constitución de Weimar: En el caso de un estado que no cumpla con los deberes que le haya impuesto el Reich, la Constitución o las leyes del Reich, el presidente del Reich podrá hacer uso de las fuerzas armadas para compelerlo a hacerlo. Si la seguridad y el orden público al interior del Reich son severamente dañados o están en peligro, el presidente del Reich tomará las medidas necesarias que lleven a restablecer el orden, interviniendo con la asistencia de las fuerzas armadas, de ser necesario. Para ese propósito, podrá suspender temporalmente, total o en parte, los derechos fundamentales previstos en los artículos ...

inmediatamente por sí solo las normas por él establecidas lo que no puede hacer el legislador ordinario del estado legislativo parlamentario mientras respete la diferenciación de poderes que es esencial al estado legislativo con su separación entre ley y aplicación de la misma”⁶⁶.

Bajo aquella teoría, tras el incendio del *Reichstag*, ocurrido el 28 de febrero de 1933⁶⁷, el Parlamento Alemán dicta una ley otorgando poderes extraordinarios a Hitler (Ley Antibloqueo).

Acto seguido a aquella habilitación, el *Führer* convocó anticipadamente a comicios federales para la elección de los miembros del VIII *Reichstag* (últimas elecciones de la República de Weimar) con la intención de hacerse de una mayoría parlamentaria que le permitiera gobernar en solitario, como en efecto lo logró (ANC y AN 6D2020). En ese contexto, el *Reichstag* dicta las llamadas Leyes de Nuremberg, anunciadas en la reunión anual del partido nacionalsocialista sostenida en esa ciudad alemana en 1935, por medio de las cuales se despojó a los judíos de la mayoría de sus derechos políticos.

Sentadas las bases jurídicas del Tercer Reich, Schmitt retomó la idea del positivismo como mecanismo de fácil aceptación en el poder judicial, dada la tradición alcanzada al respecto durante la República de Weimar, que garantizaría la plena instrumentación de las Leyes de Nuremberg y de las demás que se continuaron dictando con base en la habilitación, sin oposición alguna por parte de los jueces, que habían sido además electos a conveniencia del régimen y obligados a jurar lealtad al *Führer*.

Tras el nazismo quedó un vergonzoso e inaceptable balance de muertes, esterilizaciones, eutanasias y experimentaciones médicas practicadas sobre la base de criterios raciales y de condiciones físicas, encarcelaciones no judiciales, trabajo forzado, todos sustentados, entre otras, en el fiel cumplimiento de la ley bajo una concepción distorsionada del positivismo.

Frente a aquel nefasto capítulo de la historia quedó el mensaje de que la arbitrariedad, disfrazada de norma jurídica no es “Derecho”. Las simples palabras sin intención sincera no son más que letra muerta e ineficaz. Pasan los años y los gobernantes y gobernados siguen sin aprender la lección.

Disfrazando de democrática a una ANC como la convocada y elegida en 2017 (VIII *Reichstag*), buscando en terceros o en hechos sobrevenidos las causas del caos vivido en Venezuela (incendio del *Reichstag* – medidas coercitivas unilaterales), surge la idea de los Schmitts caribeños del siglo XXI de habilitar

⁶⁶ Schmitt, Carl. El defensor de la Constitución. TECNOS Clásicos del Pensamiento. España, 2009, p. LXXIII.

⁶⁷ Fuertes indicios existieron en cuanto a que tal incidente fue provocado por el *Führer* precisamente para generar un estado de excepción y justificar la aplicación del artículo 48 de la Constitución de Weimar.

al *Führer* a través de la Ley Antibloqueo de la que surgirán actos aparentemente válidos (Leyes de Nuremberg) a las que sólo queda por ver si el Poder Judicial acatará y acogerá ceñido a la corriente *positivista* y a la línea partidista.

Quienes tienen en sus manos las riendas del corcel desbocado en que se ha convertido Venezuela, parecieran resistirse a la idea de que la economía no responde “*positivamente*” al ejercicio irracional del poder. Ese caballo al que se le torció el rumbo y galopa al paso frenético de la hiperinflación necesita ser urgentemente domado, lo que no se logrará a base de la fuerza bruta del fuste y el corral.

18. DESINSTITUCIONALIZACIÓN TRIBUTARIA EN VENEZUELA. ENTRE LA DISTOPÍA Y LA ANOMIA SOCIAL

Humberto ROMERO-MUCI*

RESUMEN

En el presente texto exponemos la formulación institucional de la moralidad¹ (o justicia) tributaria en Venezuela y su paradójico estado de incumplimiento por el Estado Fiscal (legislador, administración y judicatura) al contrario de las prescripciones constitucionales y de una razón mínima. Examinamos las perplejidades que sufre el contribuyente venezolano sometido por un *régimen distópico* que le ha postrado en situación de *anomia* social.

INTRODUCCIÓN

En la Venezuela de hoy vivimos una radical ruptura del orden constitucional que ha destruido el Estado de Derecho y acabado con la institucionalidad democrática². *La desinstitucionalización también alcanza a la tributación y a las*

* Profesor Titular y Jefe de la Cátedra de Derecho Financiero en la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número y Ex Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela (Sillón No. 14).

¹ Seguiremos el criterio de TIPKE para quien la ética tributaria es “...**la teoría que estudia la moralidad de las actuaciones en materia tributaria desarrollada por los poderes públicos -legislativo, ejecutivo y judicial- y por el ciudadano contribuyente**” *Cfr.* TIPKE, Klaus, *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes (Besteuerungsmoral und Steuermoral)*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 21.

² ROMERO-MUCI, Humberto “**Desinstitucionalización y desigualdad desde el Estado: el caso venezolano**”. en Comunicación para el Primer Encuentro Iberoamericano de Academias

finanzas públicas en general. Definitivamente son tiempos de regresión y primitivismo y de hemiplejía moral.

El déficit institucional y la deriva autoritaria se expresan en la práctica, en la inexistencia de la separación y autonomía efectiva de los Poderes Públicos, y por lo tanto no hay garantía efectiva de las libertades básicas para los ciudadanos, condición esencial de la pervivencia del Estado y de la democracia constitucional. Se practica una indeterminación radical del derecho y su disolución en la política, con la nociva patrimonialización del poder, que se convierte en un instrumento de dominación impúdico y delirante. Privan las falacias jurídicas, **“Verdad”** y **“justicia”** han perdido todo contenido y se han convertido en simples mascaradas ideológicas de la **“voluntad del poder”**. La racionalidad del derecho se ha reducido a la simple **“voluntad del más fuerte”**.

La desinstitucionalización tributaria se ha hecho especialmente evidente con la degradación de la reserva legal tributaria, garantía esencial a la creación y modificación de los tributos. El principio fundacional según el cual **“no hay tributación, sin representación”**, ha sido ilegítimamente desaplicado mediante los Decretos Ley, por las constantes delegaciones legislativas en el Ejecutivo Nacional, a través del expediente de Leyes habilitantes, más recientemente con la declaratoria de “emergencia económica”, las llamadas “leyes o decretos constitucionales” emanados de la inconstitucional asamblea nacional constituyente (ANC), todos coonestados por la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia.

Los tributos son creaciones caprichosas, inconsultas, arbitrarias, incoherentes. Esto lo comprueban los aproximadamente 375 Decretos ley aprobados en los últimos 20 años mediante Leyes habilitantes y otras medidas deslegalizadoras, la distópica aparición de 24 tipos parafiscales, la artera eliminación del ajuste por inflación en la Ley de impuesto sobre la renta (LISR), la subestimación radical y la postergación del ajuste de la Unidad Tributaria (UT). Y lo más perverso: la hiperinflación. El impuesto más regresivo e inconsulto: **“...el termómetro de la pérdida de los derechos individuales y del aumento del poder estatal”**³.

En 13 años (desde 2007) el bolívar lleva 3 reconversiones y la quita de 14 ceros. Entre febrero de 1999 y diciembre de 2020, la inflación acumulada es de un 51.246.900.000.000 o 51 billones %. En 21 años el bolívar se depreció 18.310.104.529.517% o 18.3 billones %. Estas cifras son difíciles de expresar, asimilar y entender⁴.

de Ciencias Morales y Políticas, y de Ciencias Económicas, Madrid, 16 al 18 de octubre de 2017, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* No. 156 – enero-diciembre 2017, p. 461-480 ISSN: 0798-145, consultado en web: <<http://www.acienpol.org.ve/>>

³ *Cfr.* FRAGA LO CURTO, Luis, **“4 décadas de políticas inflacionarias”**, Presentación del libro <Control e inflación. La inviabilidad del sistema venezolano de planificación centralizada de precios>, Universidad Metropolitana, Caracas 2015, p. 8.

⁴ **(Billón:** Un millón de millones, que se expresa por la unidad seguida de doce ceros). <https://dle.rae.es/bill%C3%B3n>

Todo esto configura un cuadro de degradación y relativización de los derechos constitucionales a **(i)** contribuir conforme a la capacidad económica efectiva, **(ii)** la prohibición de discriminación, **(iii)** la prohibición de confiscación, **(iv)** la legalidad y tipicidad tributaria y la seguridad jurídica y la calculabilidad de los actos en la aplicación de los tributos que demandan un ámbito de certeza imperdurable. Se trata del núcleo duro de la justicia tributaria.

La desinstitucionalización tributaria se ha radicalizado con la disminución de las posibilidades de defensa frente a unas Administraciones Tributarias robustecidas de competencias exorbitantes para la determinación de los tributos y de privilegios procesales que empalidecen las garantías del debido proceso y la tutela judicial efectiva. Las mismas Leyes habilitantes, los decretos de emergencia económica y las llamadas **“leyes o decretos constitucionales”**, solo han servido para crear privilegios procesales injustificados, incluida la desjudicialización de las medidas cautelares y la ejecución de créditos fiscales directamente por la Administración Tributaria. Incluso luego de la reforma económica de agosto de 2018 y con la reforma del Código Orgánico Tributario (COT) de enero de 2020, las Administraciones Tributarias han comenzado a determinar sanciones en moneda extranjera y a nivel municipal se dio cabida al llamado “Petro” Tal degradación se resume frente a cualquier fiscalización en la emboscada del **“tener que pagar primero y solo poder reclamar después”**. Campo fecundo para la arbitrariedad y la corrupción.

Quizás la razón fundamental de la descomposición institucional es la ineffectividad de la garantía judicial. Se ha desmontado el control jurisdiccional del poder con repercusiones nefastas sobre la seguridad jurídica, la legalidad, el Estado de Derecho y la democracia. Desde los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia hasta el último tribunal de municipio han dejado de funcionar de forma independiente, objetiva y eficazmente frente a los otros poderes⁵. La cooptación político partidista de todos los cargos públicos, en especial de los jueces de máxima instancia, es lo que más ha resentido esta paulatina deriva autoritaria, que ya no deja dudas de haberse convertido en una **“dictadura totalitaria”**⁶.

Seguidamente presentamos un catálogo de los derechos y garantías fundamentales en la Constitución de 1999 que definen los principios de la moralidad fiscal, como consagración constitucionalizada de esa ética pública que, en términos de Tipke, son tan convincentes y razonables que inspiran la actuación de los

⁵ En complemento se ha desmontado el control externo, objetivo y neutral sobre el ejercicio del poder en Venezuela, en respeto y garantía de los derechos humanos, como consecuencia de la ilegítima denuncia por parte del Ejecutivo Nacional de la Convención Americana de Derechos Humanos y más recientemente, con el retiro de Venezuela de la organización hemisférica, mediante la denuncia de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), así como el sistemático desconocimiento y desaplicación de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos de la OEA.

⁶ *Cfr.* SARTORI, Giovanni. ¿Qué es la democracia?, Editorial Taurus, Madrid 2007, p. 157.

poderes públicos y de los ciudadanos para que la tributación pueda considerarse justa⁷. Pero también daremos cuenta de algunas paradojas irreconciliables consecuencia directa de la desinstitucionalización de esa ética juridificada, que se ha vaciado de contenido con la deriva autoritaria del Estado fiscal, impidiendo el desarrollo equilibrado del modelo de ética pública propio de la modernidad y el cumplimiento de sus objetivos en favor de la dignidad humana⁸.

Somos de la convicción de que, el tributo solo se justifica éticamente cuando se destina efectivamente al crecimiento económico y a la elevación del nivel de vida de la población. Eso solo lo garantiza el consenso democrático, que se construye en un Estado de Derecho, con una efectiva separación de poderes públicos y con un control judicial efectivo de constitucionalidad y legalidad. De lo contrario el tributo no pasará de ser otra forma más de dominación y control social.

Ojalá la explicación y la crítica de la tragedia venezolana sirva para aprender una lección sobre moral institucional y sobre la moral tributaria en particular. Porque como bien se ha dicho **“la indiferencia ante la injusticia es la puerta del infierno”**⁹.

I. MORAL DEL LEGISLADOR TRIBUTARIO

En Venezuela el ejercicio anómalo del Poder Público se produce en abierta contradicción a un ordenamiento constitucional que promueve **la ética como razón de Estado**¹⁰. Así lo confirman sus normas de apertura (artículos 2 y 3), cuando enuncian: **(i) “Venezuela se constituye como un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”**¹¹, un **(ii) “...Estado [que] 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 consagrados en [la] Constitución”**¹².

⁷ Cfr. TIPKE, Klaus, *Op. cit.*, p. 22.

⁸ Cfr. PECES-BARBA, Gregorio, *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Primera reimpression, Distribuciones Fontamara, S. A. México D.F, 2004, p. 151.

⁹ Cfr. BREWER-CARIÁS, Allan, *La patología de la justicia constitucional*, Tercera Edición ampliada, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p. 11.

¹⁰ Cfr. SOSA G., Cecilia, *La ética como fundamento de la justicia*, Discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2017, p. 54.

¹¹ Artículo 2 de la CRBV.

¹² Artículo 3 de la CRBV.

Definitivamente la Constitución vigente identifica la ética como un valor superior del ordenamiento jurídico y condición de validez del poder político. Su objeto la protección de la dignidad humana y del bien común.

Es más, el diseño del texto constitucional sobre el “sistema tributario” corresponde al paradigma del “estado impositivo”¹³, esto es, el que procura la tributación **(i)** conforme a la ley previa, estricta y cierta, **(ii)** según la capacidad contributiva efectiva, en condiciones de igualdad y progresividad, **(iii)** preservando las fuentes impositivas y promoviendo el desarrollo económico, **(iv)** elevando el nivel de vida de la población, **(v)** para contribuir al financiamiento de los gastos públicos con fundamento en deberes solidaridad social, en consistencia con la forma política del Estado social democrático y de derecho.

Sin embargo, **“la Constitución de 1999 no nació con auténtica vocación emancipadora y tuitiva de los derechos, sino como una de esas Constituciones fachada abigarrada de los valores del constitucionalismo, que terminan convirtiéndolo todo en declaraciones de buenas intenciones, pero que sacrifican lo que es verdaderamente importante, esto es, la protección individual de los derechos fundamentales”**¹⁴. A esto se suma que el gobierno y los jueces, en especial los del Tribunal Supremo de Justicia, han sido los primeros en preterir el carácter inderogable e inviolable de los derechos humanos, convirtiendo el texto constitucional en una auténtica fachada¹⁵.

¹³ Ver, WEFTE, Carlos, “Tributación y regulación: notas introductorias al debate sobre la función del tributo en el Estado social y democrático de Derecho”, en *Tributación y Regulación*, Memorias de las XIV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas 2015, p. 131.

¹⁴ MEIER G., Eduardo. *La eficacia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a las prácticas ilegítimas de la Sala Constitucional*, Serie Estudios No. 105, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, p. 112. También en MEIER G., Eduardo, “Constitución fachada: a propósito de la tributación selectiva en el ISR”, en *El Impuesto sobre la renta. Aspectos de una necesaria reforma*, XVI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, organizadas por la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2017, p. 175. Según la clasificación de BARBERIS, Mauro. *Ética para juristas*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 39. También sobre este particular CASAL, siguiendo a SARTORI, señala que la Pseudoconstitución o Constitución fachada, se distinguen de la denominada constitución semántica de (Loewenstein), “porque en verdad son ‘constituciones-trampa’. Su condición de letra muerta, de Constituciones que no son observadas, al menos, precisa el autor, “en lo que respecta a sus características garantistas fundamentales”, termina convirtiéndolas en engañosas...” CASAL, Jesús M., “¿De la Constitución nominal a la constitución fachada? Reflexiones a partir de la evolución constitucional venezolana”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVII, Montevideo, 2011, p. 361-386, consultado el 30 de abril de 2018, <disponible en web: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3972/3488>>.

¹⁵ Ídem. También *vid.*, BREWER-CARÍAS, Allan, *La consolidación de la tiranía judicial <el juez constitucional controlado por el Poder Ejecutivo asumiendo el Poder Absoluto>*, Colección Estudios Jurídicos No. 15, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas/New York, 2017, p. 25.

1. *Reserva legal y legalidad tributaria*

A. *Consagración de la garantía*

La creación de los tributos es materia de reserva legal. Así lo preceptúa el artículo 317 Constitucional¹⁶. Solo por Ley como acto emanado de los órganos legislativos del Estado se podrán crear tributos. La reserva legal es una garantía de protección del derecho de propiedad de forma que ninguna exacción podrá establecerse válidamente sin que para ello cuente con la previa cobertura normativa de rango legal.

El ejercicio del Poder tributario originario corresponde a los órganos legislativos de los entes político-territoriales en que se encuentra distribuido el Poder Público a nivel territorial. Dichas facultades legislativas se concretan desde el texto constitucional mediante la atribución de ramos tributarios específicos que constituyen ingresos propios: la República a nivel nacional (artículo 156 (12))¹⁷, las Entidades Federales a nivel estatal (artículo 167¹⁸) y los Municipios a nivel

¹⁶ **Artículo 317 de la CRBV:** No podrá cobrarse impuesto, tasa, ni contribución alguna que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por la ley que cree el tributo correspondiente. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio.

¹⁷ **Artículo 156 de la CRBV:** Es de la competencia del Poder Público Nacional: (...) 12. La creación, organización, recaudación, administración y control de los impuestos sobre la renta, sobre sucesiones, donaciones y demás ramos conexos, el capital, la producción, el valor agregado, los hidrocarburos y minas, de los gravámenes a la importación y exportación de bienes y servicios, los impuestos que recaigan sobre el consumo de licores, alcoholes y demás especies alcohólicas, cigarrillos y demás manufacturas del tabaco, y los demás impuestos, tasas y rentas no atribuidas a los Estados y Municipios por esta Constitución y la ley.

¹⁸ **Artículo 167 de la CRBV:** Son ingresos de los Estados:

1. Los precedentes de su patrimonio y de la administración de sus bienes.
2. Las tasas por el uso de sus bienes y servicios, multas y sanciones, y las que les sean atribuidas.
3. El producto de lo recaudado por concepto de venta de especies fiscales.
4. Los recursos que les correspondan por concepto de situado constitucional. El situado es una partida equivalente a un máximo del veinte por ciento del total de los ingresos ordinarios estimados anualmente por el Fisco Nacional, la cual se distribuirá entre los Estados y el Distrito Capital en la forma siguiente: un treinta por ciento de dicho porcentaje por partes iguales, y el setenta por ciento restantes en proporción a la población de cada una de dichas entidades. En cada ejercicio fiscal, los Estados destinarán a la inversión un mínimo del cincuenta por ciento del monto que les corresponda por concepto de situado. A los Municipios de cada Estado les corresponderá, en cada ejercicio fiscal, una participación no menor del veinte por ciento del situado y de los demás ingresos ordinarios del respectivo Estado. En caso de variaciones de los ingresos del Fisco Nacional que impongan una modificación del Presupuesto Nacional, se efectuará un reajuste proporcional del situado. La ley establecerá los principios, normas y procedimientos que propendan a garantizar el uso correcto y eficiente de los recursos provenientes del situado constitucional y de la participación municipal en el mismo.
5. Los demás impuestos, tasas y contribuciones especiales que se les asigne por ley nacional, con el fin de promover el desarrollo de las haciendas públicas estatales. Las leyes que creen o transfieran ramos tributarios a favor de los Estados podrán compensar dichas asignaciones con modificaciones de los ramos de ingresos señalados en este artículo, a fin de preservar la equidad interterritorial. El porcentaje del ingreso nacional ordinario estimado que se destine al situado constitucional, no será menor

local (artículo 179¹⁹). La Constitución prevé también la facultad de delegación legislativa del poder tributario originario desde el Poder Nacional a favor de los Estados o Municipios para promover la descentralización (artículo 157²⁰), así como la potestad normativa para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias (artículo 156 (13))²¹ y la legislación sobre ciertos tributos de administración local²².

Los entes político-territoriales estatales y locales pueden ejercer un poder derivado en los dominios de la función legislativa propia, previa delegación del Poder Nacional. Incluso los tributos nacionales podrán ser cedidos a los Estados o Municipios en lo que respecta a la facultad de administrar y percibir el recurso tributario²³.

Excepcionalmente, el Poder Ejecutivo Nacional puede crear y modificar tributos mediante delegación expresa del poder legislativo nacional por ley habilitante mediante la forma de los Decretos con fuerza y rango de Ley²⁴.

al quince por ciento del ingreso ordinario estimado, para lo cual se tendrá en cuenta la situación y sostenibilidad financiera de la Hacienda Pública Nacional, sin menoscabo de la capacidad de las administraciones estatales para atender adecuadamente los servicios de su competencia. 6. Los recursos provenientes del Fondo de Compensación Interterritorial y de cualquier otra transferencia, subvención o asignación especial, así como de aquellos que se les asigne como participación en los tributos nacionales, de conformidad con la respectiva ley.

- ¹⁹ **Artículo 179 de la CRBV:** Los Municipios tendrán los siguientes ingresos: (...)2. Las tasas por el uso de sus bienes o servicios; las tasas administrativas por licencias o autorizaciones; los impuestos sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar, con las limitaciones establecidas en esta Constitución; los impuestos sobre inmuebles urbanos, vehículos, espectáculos públicos, juegos y apuestas lícitas, propaganda y publicidad comercial; y la contribución especial sobre plusvalías de las propiedades generadas por cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidas por los planes de ordenación urbanística. 3. El impuesto territorial rural o sobre predios rurales, la participación en la contribución por mejoras y otros ramos tributarios nacionales o estatales, conforme a las leyes de creación de dichos tributos.
- ²⁰ **Artículo 157 de la CRBV:** La Asamblea Nacional, por mayoría de sus integrantes, podrá atribuir a los Municipios o a los Estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización.
- ²¹ **Artículo 156 de la CRBV:** Es de la competencia del Poder Público Nacional: (...)13. 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, así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial.
- ²² **Artículo 156 de la CRBV:** Es de la competencia del Poder Público Nacional: (...)14. La creación y organización de impuestos territoriales o sobre predios rurales y sobre transacciones inmobiliarias, cuya recaudación y control corresponda a los Municipios, de conformidad con esta Constitución.
- ²³ **Artículo 167 de la CRBV:** Son ingresos de los Estados:(...) 5. Los demás impuestos, tasas y contribuciones especiales que se les asigne por ley nacional, con el fin de promover el desarrollo de las haciendas públicas estatales.
- ²⁴ **Artículo 236 de la CRBV:** Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República. (...) 8. Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley.

En todo caso, el ejercicio de este poder tributario está ceñido a la garantía de la reserva legal. Esto supone que la validez formal de los tributos está condicionada a su aprobación por medio de una ley formal y materialmente sancionada por el Poder Legislativo, por intermedio del procedimiento predeterminado en la Constitución (garantía procedimental), que permite el más amplio consenso y la participación de las minorías, perfeccionando el principio de representatividad, la publicidad y la transparencia (*lex certa*)²⁵.

Esto implica un rechazo a la deslegalización o a la degradación del rango de ley, esto es, rige una prohibición de delegación *por* vía reglamentaria para la fijación de los elementos esenciales, cualitativos y cuantitativos, del tributo reservados a la ley. Ello apareja la reivindicación de la prohibición de cláusulas legales indeterminadas, inciertas, genéricas, exigiendo que la ley tipifique los elementos esenciales del tributo, (hecho imponible, alícuota, base de cálculo y sujetos pasivos) y demás materias reservadas a la ley.

Por su parte, el COT 2020 dispone en su artículo 3²⁶ la prohibición de normas indeterminadas e incompletas, como una forma de reducir la discrecional-

²⁵ MEIER G., Eduardo. “Reflexiones sobre el sistema tributario y el principio de Legalidad Tributaria en la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Corporativo*, Vol. 2, No. 1, Universidad Metropolitana, Caracas, 2002, p. 85-86.

²⁶ **Artículo 3 del COT 2020:** Sólo a las leyes corresponde regular con sujeción a las normas generales de este Código las siguientes materias: 1. Crear, modificar o suprimir tributos; definir el hecho imponible; fijar la alícuota del tributo, la base de su cálculo e indicar los sujetos pasivos del mismo.

2. Otorgar exenciones y rebajas de impuesto.

3. Autorizar al Poder Ejecutivo para conceder exoneraciones y otros beneficios o incentivos fiscales.

4. Las demás materias que les sean remitidas por este Código.

Parágrafo Primero. Los órganos legislativos nacional, estatales y municipales, al sancionar las leyes que establezcan exenciones, beneficios, rebajas y demás incentivos fiscales o autoricen al Poder Ejecutivo para conceder exoneraciones, requerirán la previa opinión de la Administración Tributaria respectiva, la cual evaluará el impacto económico y señalará las medidas necesarias para su efectivo control fiscal. Asimismo, los órganos legislativos correspondientes requerirán las opiniones de las oficinas de asesoría con las que cuenten.

Parágrafo Segundo. En ningún caso se podrá delegar la definición y fijación de los elementos integradores del tributo, así como las demás materias señaladas como de reserva legal por este artículo, sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el Parágrafo Tercero de este artículo. No obstante, la ley creadora del tributo correspondiente podrá autorizar al Ejecutivo Nacional para que proceda a modificar la alícuota del impuesto, en los límites que ella establezca.

Parágrafo Tercero. Por su carácter de determinación objetiva y de simple aplicación aritmética, la Administración Tributaria Nacional reajustará el valor de la Unidad Tributaria de acuerdo con lo dispuesto en este Código. En los casos de tributos que se liquiden por períodos anuales, la unidad tributaria aplicable será la que esté vigente durante por lo menos ciento ochenta y tres (183) días continuos del período respectivo. Para los tributos que se liquiden por períodos distintos al anual, la unidad tributaria aplicable será la que esté vigente para el inicio del período.

dad del Poder Ejecutivo en ejercicio de la potestad reglamentaria, así como de la Administración Tributaria, con la finalidad de sustraer determinadas materias a la potestad reglamentaria o por lo menos su formación primaria supeditándola al solo desarrollo complementario “según el espíritu, propósito y razón”²⁷ de la Ley.

La forma de ley será el medio en que resulta aceptable y legítimo para la afectación de bienes como la propiedad, la libertad económica, la libre iniciativa privada, entre otros derechos fundamentales vinculados con la tributación²⁸, pues con ello se evita la primacía de intereses sesgados o corporativos, pero también atiende a la protección de la seguridad jurídica, a la calculabilidad, la predictibilidad y la estabilidad del derecho tributario.

Sin embargo, la legalidad es de las primeras garantías que se resienten en toda deriva autoritaria²⁹. La ley deja de ser la expresión de la voluntad popular, mostrando las verdaderas intenciones de uso desviado tal como con la figura del decreto-ley, para sortear las exigencias del procedimiento legislativo, como veremos seguidamente³⁰.

B. *Inmoralidades contra la reserva legal y la legalidad tributaria*

a. *El abuso del expediente de leyes delegatorias o habilitantes, la legislación de emergencia y las vías de hecho de la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente (ANC)*

En Venezuela la delegación legislativa mediante Ley Habilitante³¹ pervirtió el proceso legislativo. La Ley ordinaria se convirtió en excepción a favor del

²⁷ **Artículo 236 de la CRBV: Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: ... 10. Reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón.**

²⁸ Se pretende reservar ciertas materias a la forma de ley, en el entendido de que la intervención de los representantes de los ciudadanos en un proceso legislativo, caracterizado por los principios de contradicción, transparencia y publicidad produce una norma con mayor legitimidad que las demás. La ley aparece como la expresión de la voluntad popular, evitando así que el Poder Ejecutivo entre a regular ciertos temas sin el debate público, la negociación y el consenso que exige la formación de la ley, para un mayor grado de aceptación y eficacia normativa, *Cfr.* MEIER G., Eduardo. *Ob. cit.*, Caracas, 2002, p. 87.

²⁹ De allí, *verbi gratia*, el relajamiento del principio de reserva legal del Parágrafo Segundo del artículo 3 del COT reformado en 2014, que contempla “No obstante, la ley creadora del tributo correspondiente podrá autorizar al Ejecutivo Nacional para que proceda a modificar la alícuota del impuesto, en los límites que ella establezca”.

³⁰ *Cfr.* MEIER G., Eduardo, “Constitución fachada: a propósito de la tributación selectiva en el ISR”, en *El Impuesto sobre la renta. Aspectos de una necesaria reforma*, XVI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, organizadas por la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2017, p. 182.

³¹ **Artículo 203 de la CRBV: (...)** Son leyes habilitantes las sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, a fin de establecer las directrices, propósitos y

Decreto-Ley que se convirtió en regla. La usurpación del rango legal también se ha efectuado con el reciente uso de decretos de emergencia económica por el Presidente de la República, incluso por decisiones normativas de la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente (ANC)³².

Entre los años 1999 y 2018 se dictaron aproximadamente 375 Decretos-Ley aprobados mediante 7 Leyes habilitantes, incompatibles con los principios y valores de la propia Constitución de 1999. Este fenómeno produjo una autocastración del legislador ordinario y dio paso subrepticio a la figura del “colegislador absoluto”. Un protagonismo legislativo que además no está sometido a controles constitucionales previos como sí lo está el legislador ordinario (control de constitucionalidad³³, carácter orgánico³⁴, veto presidencial³⁵).

En efecto, “el artículo 203 de la Constitución no somete a los Decretos-Ley **a ningún límite material** (solo señala que la ley que los habiliten establecerá las directrices, propósitos y el marco de las materias que se delegan) **ni a controles previos** (control de constitucionalidad del carácter orgánico, veto presidencial, control de constitucionalidad antes de su promulgación) a los que sí se someten las leyes ordinarias y orgánicas. Además, para convertirse en ley todo proyecto recibirá dos discusiones (artículo 207) y deberá consultarse a los órganos del

el marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República, con rango y valor de ley. Las leyes de base deben fijar el plazo de su ejercicio. **Artículo 236 de la CRBV:** Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República. (...) 8. Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley.

³² Academias Nacionales de Venezuela, “*Pronunciamiento de las Academias Nacionales ante la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente*”, Caracas, agosto, 2017, consultado el 5 de mayo de 2018, disponible en web: <<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/2017-08-15%20Pronunciamiento%20Academias%20ante%20ilegitima%20ANC.pdf>>.

³³ **Artículo 215 de la CRBV (...)** Cuando el Presidente o Presidenta de la República considere que la ley o alguno de sus artículos es inconstitucional solicitarán el pronunciamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el lapso de diez días que tiene para promulgar la misma. El Tribunal Supremo de Justicia decidirá en el término de quince días contados desde el recibo de la comunicación del Presidente o Presidenta de la República. Si el Tribunal negare la inconstitucionalidad invocada o no decidiere en el lapso anterior, el Presidente o Presidenta de la República promulgará la ley dentro de los cinco días siguientes a la decisión del Tribunal o al vencimiento de dicho lapso.

³⁴ **Artículo 203 de la CRBV: (...)** Las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas serán remitidas, antes de su promulgación a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico. La Sala Constitucional decidirá en el término de diez días contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación. Si la Sala Constitucional declara que no es orgánica la ley perderá este carácter

³⁵ **Artículo 214 de la CRBV:** El Presidente o Presidenta de la República promulgará la ley dentro de los diez días siguientes a aquél en que la haya recibido. Dentro de ese lapso podrá, con acuerdo del Consejo de Ministros, solicitar a la Asamblea Nacional, mediante exposición razonada, que modifique alguna de las disposiciones de la ley o levante la sanción a toda la ley o parte de ella.

Estado, a los ciudadanos y a la sociedad organizada para oír su opinión (artículos 206 y 211). La regulación del Decreto-ley demuestra una descompensación de la parte orgánica de la Constitución con los principios democráticos y derechos fundamentales (representatividad y participación ciudadana, entre otros), dejando ver una vocación presidencialista y autoritaria, apenas solapada por la presentación sobredimensionada y grandilocuente de los derechos”³⁶.

El Presidente de la República como colegislador absoluto reformó la legislación orgánica COT³⁷ y ordinaria en materia tributaria. Además, lo hizo sin que mediara circunstancia extraordinaria e imprevista en la vida del país, con la única pretensión de obviar los controles propios del proceso parlamentario, la discusión y la consulta³⁸ que procura la deliberación, el consenso y el respeto a las mino-

³⁶ MEIER G., Eduardo, *Ob. cit.*, No. 24, p. 176. En este sentido, no es difícil percibir que “los eventuales controles judiciales (de constitucionalidad) o políticos (referendo abrogatorio o ley parlamentaria), serán una respuesta *a posteriori*, por ende, tardía e ineficaz, frente a la inconveniente y apresurada regulación de materias cuya sensibilidad, exigía previa deliberación y contradictorio por medio del procedimiento legislativo”. Ver “Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en razón de los recientes Decretos-Ley dictados por el Presidente de la República” (referido al uso de la última Ley habilitante), de fecha 2 de diciembre de 2014, “...el proceder inconstitucional seguido por el Presidente de la República, al recientemente dictar Decretos-Ley, anunciados en números ordinarios de la Gaceta Oficial los días 18 y 19 de noviembre de 2014 y publicados, efectivamente, a través de diversos números extraordinarios de la mencionada Gaceta, pero tan solo disponibles al público, a partir del día 24 de noviembre, fecha en la que ya había expirado el lapso de la delegación legislativa otorgada al Presidente de la República por la Asamblea Nacional. Advierte esta corporación a la comunidad que, independientemente de su contenido, esos Decretos-Ley son dudosa constitucionalidad, por cuanto han excedido el límite de la facultad temporal que, de conformidad con el artículo 203 de la Constitución, le concedió la Asamblea Nacional al Presidente de la República” (...) “...expresa su rechazo a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales al uso que se ha dado a la facultad excepcional de legislar, a través de Decretos-Ley, previa habilitación de la Asamblea Nacional, con exceso de poder, pues ella de ninguna forma permite al Ejecutivo sustituirse en la labor parlamentaria de elaboración del ordenamiento jurídico conforme al Estado de Derecho que consagra la Constitución. A través de los mencionados Decretos-Ley han sido regulados, modificados, derogados y suprimidos importantes y sensibles sectores del ordenamiento jurídico nacional como son los relativos a la organización del Poder Público, al régimen tributario y al sistema económico, sin previa difusión y sin ningún tipo de consulta pública, deliberación o discusión, obviando la participación de los sectores interesados o afectados por los decretos y con íntegra sustitución de leyes preexistentes mediante la producción de nuevas leyes, en lugar de reformas parciales o puntuales”. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “*Pronunciamiento en razón de los recientes Decretos-Ley dictados por el presidente de la República*”, Caracas, noviembre de 2014, consultado el 19 de mayo de 2018, disponible en web: < <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/v4PronunciamientoACPSLeyhabilitante0121214.doc.pdf>>

³⁷ Decreto No. 1.434 del 17 de noviembre de 2014, con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Tributario publicado en *Gaceta Oficial* No. 6.152 *Extraordinaria* el 18 de noviembre de 2014.

³⁸ **Artículo 207 de la CRBV:** 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.

rías, quebrantando la garantía democrática del pluralismo político³⁹. Lo mismo hizo la inconstitucional ANC con la reforma del COT en 2020⁴⁰.

Podemos mencionar como parte de las antinomias producidas por el legislador absoluto, la parte *in fine* del párrafo segundo del artículo 3 del COT, así como los artículos 84, 197, el segundo párrafo del artículo 171, el artículo 193 y el Parágrafo Primero del artículo 51 de la LISR de 2015⁴¹, que respectivamente permiten **(i)** modificación de alícuotas impositivas, en los límites legales pero en cualquier momento, **(ii)** la designación sublegal de agentes de retención o percepción, **(iii)** la fijación de porcentajes de retención y percepción, **(iv)** el establecimiento selectivo de alícuotas distintas para determinados sujetos pasivos o sectores económicos, **(v)** así como la exclusión subjetiva del ajuste por inflación, sobre sujetos calificados así por actos reglamentarios del tributo.

Pero no solo las leyes delegatorias sirvieron para escapar de la reserva legal tributaria y deslegalizar inconstitucionalmente aspectos de la esencia legal del tributo. También el Poder Ejecutivo abusó del expediente de los Decretos de Emergencia para deslegalizar. De esta forma el Presidente de la República ha pretendido sortear la legalidad y la representatividad democrática. Es el caso del Decreto No. 3.393 del 30 de abril⁴² a través del cual, facultó a la Administración Tributaria Nacional, el Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria y Aduanera (SENIAT) para reajustar la UT, con base a los análisis técnicos distintos de la información producida por el BCV. De esta forma se contrarió el artículo 131 (15) del COT que ordena a la Administración Tributaria reajustar la UT previa opinión favorable de la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional, sobre la base de la variación producida en el Índice Nacional de Precios al Consumidor (INPC) fijado por el BCV, del año inmediatamente anterior. De esta forma se deslegalizó ilegalmente en la Administración Tributaria la fijación del valor de la UT al margen del control de la Asamblea Nacional y de la información técnica idónea.

Artículo 206 de la CRBV: Los Estados serán consultados por la Asamblea Nacional, a través del Consejo Legislativo, cuando se legisle en materias relativas a los mismos. La ley establecerá los mecanismos de consulta a la sociedad civil y demás instituciones de los Estados, por parte del Consejo en dichas materias.

³⁹ **Artículo 2 de la CRBV:** Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

⁴⁰ “Decreto constituyente mediante el cual se dicta el Código Orgánico Tributario”. *Gaceta Oficial* No. 6.507 *Extraordinaria* del 29 de enero de 2020

⁴¹ Decreto No. 2.163 del 29 de diciembre de 2015, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta publicado en *Gaceta Oficial* No. 6.210 *Extraordinaria* el 30 de diciembre de 2015.

⁴² Decreto No. 3.393 del 30 de abril de 2018, mediante el cual se faculta al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria para reajustar la Unidad Tributaria publicado en *Gaceta Oficial* No. 41.387 el 30 de abril de 2018.

El abuso se consumó cuando el SENIAT realizó el ajuste de la UT en un 194% cuando la inflación anual acumulada fue de 1.698.488% al cierre de 2018 subestimándola un 875.409%.

En consecuencia, la deslegalización de la norma orgánica y codificadora (COT) se produce por la supresión del control preceptivo del Poder Legislativo Nacional, que se patentiza en la previa opinión favorable de la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional, que a su vez se articula sobre la base de la variación producida en el INPC, del año inmediatamente anterior, fijado por el BCV. De esta forma se vulneraron una serie de principios constitucionales y garantías institucionales que son inviolables e inderogables, relativas a eficacia, especialización, transparencia, responsabilidad y rendición de cuentas en el ejercicio de la función pública (artículo 141 de la Constitución⁴³), así como la necesaria coordinación y coherencia en la fijación de dicha unidad de medida homogénea, que exige la colaboración de una serie de órganos a los que incumbe su ejercicio (artículo 136 de la Constitución⁴⁴).

Además de la deslegalización, con la reforma del COT se produjo el agravamiento de las sanciones, con la tipificación de nuevos ilícitos tributarios, incluyendo un tipo que parece más un delito de opinión, como es el de instigación pública al incumplimiento de la normativa tributaria, que se sanciona con pena restrictiva de la libertad de uno (1) a cinco (5) años.⁴⁵ Así mismo, se introduce la descodificación en materia penal tributaria,⁴⁶ contraria a la seguridad jurídica y legalidad penal como propósito de la codificación tributaria que se inició con el COT de 1982.

Finalmente, se recurrió también a la ANC para deslegalizar y desinstitucionalizar la tributación al margen de la Asamblea Nacional. Mencionemos el acto denominado “**Ley Constitucional sobre la creación de la Unidad Tributaria Sancionatoria**”⁴⁷ (UTS). La ANC solo tiene el propósito espurio de anular y suprimir a la Asamblea Nacional, único órgano del Poder Público legitimado por el pueblo venezolano mediante elecciones libres, universales, directas y secretas,

⁴³ **Artículo 141 de la CRBV:** 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.

⁴⁴ **Artículo 136 de la CRBV:** 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.

⁴⁵ **Artículo 123 del COT**

⁴⁶ **Artículo 81 del COT:** Las leyes especiales tributarias podrán establecer ilícitos y sanciones adicionales a los establecidos en este Código.

⁴⁷ Ley Constitucional sobre la Creación de la Unidad Tributaria Sancionatoria, publicada en *Gaceta Oficial* No. 41.305 del 21 de diciembre de 2017.

para legislar en las materias de competencia Nacional, refuerza su ilegitimidad de origen^{48 49} y la desviación.

La UTS consistió en un claro subterfugio para disociar acomodaticamente la aplicación del ajuste de la UT a (i) los elementos monetarios en la estructura de tramos y otras unidades monetarias fijas en la definición de la base imponible de los tributos y otras obligaciones, (ii) de la corrección de sanciones tributarias pecuniarias⁵⁰.

Se trató también de un claro expediente persecutorio y discriminatorio, cuya finalidad “**sancionatoria**” fue confesada desde el mismo título de la llamada “**Ley**” así como el pretendido “**efecto disuasorio**” de la dicha medida coercitiva. Su ajuste se independizó de la UT regulada por el COT a los propósitos de “... **crear una unidad tributaria especial que será utilizada exclusivamente para determinar el monto de las multas y sanciones pecuniarias, cuya base de cálculo esté prevista en unidades tributarias, en los respectivos instrumentos normativos que las prevén**”⁵¹.

Su propósito oculto también fue independizar su ajuste de la participación institucional de la Asamblea Nacional según el artículo 115 del COT de 2014⁵².

⁴⁸ **Ob. Cit.** No. 28. Disponible en web: <<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/2017-08-15%20Pronunciamento%20Academias%20ante%20ilegitima%20ANC.pdf>>.

⁴⁹ Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “*Pronunciamento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales ante la “Ley Constitucional contra el odio, por la convivencia pacífica y la tolerancia”, dictada por la Asamblea Nacional Constituyente*”, Caracas, diciembre, 2017, consultado el 8 de mayo de 2018, disponible en web: <<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20Ley%20Contra%20el%20Odio.%20Acienpol.pdf>>.

⁵⁰ Esta pretendida “Ley Constitucional” es inconstitucional porque viola los artículos 187, numeral 1, y 202 (*funciones legislativas de la Asamblea Nacional*), los artículos 2, 3, 7 y 131 (*soberanía popular, preeminencia de los derechos humanos, defensa y desarrollo de la persona y el respeto a la dignidad humana, supremacía constitucional y demás principios del Estado de Derecho*) y vulnera, *inter alia*, las garantías a los derechos humanos reguladas en los artículos 19 (*goce y ejercicio progresivo, irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos*), 20 (*libre desenvolvimiento de la personalidad*), 49 (*debido proceso y derecho a la defensa*), 44.3 y 316 (*carácter retributivo y no recaudatorio de las sanciones tributarias*), 319 (*finalidad técnica de la UT como unidad de medida*), 62 (*derecho de participación política y ciudadana*), 112 (*libertad económica*) y 299 y 320 (*seguridad jurídica y estabilidad económica*) todos previstos en la Constitución vigente.

⁵¹ Artículo 1. “**El objeto de esta Ley Constitucional es crear una unidad tributaria especial que será utilizada exclusivamente para determinar el monto de las multas y sanciones pecuniarias, cuya base de cálculo esté prevista en unidades tributarias, en los respectivos instrumentos normativos que las prevén, la cual se denomina Unidad Tributaria Sancionatoria**”

⁵² La UTS es en esencia una manifestación írrita y discriminatoria de desviación de poder, al pretender tipos diferenciados de medición para los (a) umbrales de tributación y para la (b) expresión cuantitativa de las sanciones pecuniarias, lo que constituye (i) una regulación discriminatoria y desviada de la finalidad técnica de la UT como unidad de medida que, como tal, sólo

Sin embargo, la llamada UTS fue todo un fracaso. Nunca llegó a aplicarse. La razón más obvia porque el ajuste debía hacerlo el Ejecutivo Nacional, conforme a la variación del IPC fijado por la autoridad competente, esto es, por el mismo BCV, oída la opinión de un batiburrillo de autoridades, haciéndola inútil, incluidas “...el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de seguridad ciudadana, el Tribunal Supremo de Justicia y el Poder Ciudadano”.

Por este medio normativo el Presidente de la República pretendió circunvenir la legalidad y la representación y la participación democrática, para nuevamente insistir en (i) manipular el ajuste según criterios acomodaticios no consistentes con la inflación real y (ii) disociar la fijación de la UT de la intervención de la Asamblea Nacional.

En 2018 apareció el denominado Decreto Presidencial N° 3.239, de fecha 9 de enero de 2018⁵³, mediante el cual se declaró el *Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el territorio Nacional*. La medida extrema de intervención de los derechos y garantías económicas de los venezolanos se justificó en el conflicto político con la Asamblea Nacional, bajo el pretexto de la pretensión desde ese órgano del estado de “...destituir y desconocer las máximas autoridades del Poder ejecutivo nacional”⁵⁴, así como en “...la amenaza a la economía nacional...” causada por las medidas llamadas de “bloqueo económico” dictadas por el gobierno de los Estados Unidos de América contra algunos personeros del régimen⁵⁵.

puede ser universal y unívoca, (ii) un vaciamiento y tergiversación del carácter retributivo y no recaudatorio de las sanciones tributarias y (iii) un retroceso al derecho penal del infractor, del sujeto en cuanto tal y no del acto, que desdice de los principios de afectación del bien jurídico tutelado, de la sanción como última ratio y demás principios garantistas previstos en la Constitución. Sin dudas una especie de criminalización del sujeto infractor *per se*, con la anticipación del valor diferencial del dinero, como si la pérdida del poder adquisitivo del valor original y real de la sanción no fuera igual a la pérdida del poder adquisitivo del valor original y real del desgravamen único, de los tramos de renta y de cualquier otro saldo monetario expresado en UT, que afecte a los sujetos distintos a la Administración Tributaria.

⁵³ *Gaceta Oficial* No. 6.356 de fecha 9 de enero de 2018

⁵⁴ Decreto No. 3239 de 9 de enero de 2018;

Considerando No. 5: “...la Asamblea Nacional, ha efectuado una serie de actos fraudulentos y simulaciones de situaciones jurídicas para engañar a la comunidad nacional e internacional, ejecutando actos írritos que pretenden la destitución y el desconocimiento de las máximas autoridades del Poder Ejecutivo Nacional, del Poder Ciudadano, Poder Judicial y del Poder Electoral, generando desconcierto y zozobra en la población, impactando directamente sobre la economía del país y la Paz de la República...”

⁵⁵ Considerando No. “...[la] Orden Ejecutiva del Presidente de los Estados Unidos de América, Donald Trump de impon[er] un bloqueo económico y financiero contra el Pueblo Soberano de la República Bolivariana de Venezuela, a través de ilícitas e ilegítimas sanciones, en extensión y aplicación de la Orden Ejecutiva de Barack Obama que considere a Venezuela <<una amenaza inusual y extraordinaria a la seguridad nacional de los EE.UU y a su política exterior>>”.

Se estableció como una medida excepcional “...Facultar a la Administración Tributaria para reajustar la Unidad Tributaria (U.T.), con base a los análisis técnicos que correspondan, cuando el órgano competente que autorice se encuentre inhabilitado legal o judicialmente para hacerlo”.⁵⁶

Finalmente, el régimen se inventó una nueva vía de hecho normativa para degradar la institucionalidad tributaria. Desde la inconstitucional ANC reformó el COT 2020⁵⁷. En esta oportunidad, entre otros, exacerbó la deslegalización de

⁵⁶ Conviene citar el texto del pronunciamiento de la Academia Nacional de Ciencias Económicas de Fecha 9 de marzo de 2021, que desmiente el argumento de la guerra económica y ubica las razones de la crisis económica en las políticas económicas equivocadas del gobierno, identificadas como socialismo del siglo XXI. “... Las razones de esta tragedia están en las equivocadas políticas, derivadas del modelo político-ideológico del Socialismo del Siglo XXI y no en las sanciones económicas aplicadas por el gobierno de los Estados Unidos, como alegan quienes ejercen el gobierno. Es necesario aclarar que el año en que fueron introducidas sanciones financieras a la República y a PDVSA (2017), el Estado venezolano se vio imposibilitado de pagar su deuda internacional (default) aislándose, por su cuenta, de los mercados financieros mundiales. Asimismo, para el momento de entrar en vigor las sanciones petroleras (21.01.2019), la producción de crudos había caído a apenas la tercera parte de la de 2013. Si bien puede decirse que esas sanciones acentuaron ese declive –hoy se produce apenas el 16%–, es evidente que la destrucción de la capacidad productiva de la industria petrolera ya había ocurrido. Las sanciones personales, por su parte, no son contra Venezuela, si no a funcionarios imputados de haber violado derechos humanos y/o incurrido en corruptelas. Por tanto, no tienen repercusiones económicas.”. Cfr. <https://ancevenezuela.org.ve/wp-content/uploads/2021/03/20210309-Pronunciamiento ANCE.pdf>

⁵⁷ En su día la Academia de Ciencias Políticas y Sociales fue firme en denunciar y rechazar la pretendida reforma fiscal de 2020: “La Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en cumplimiento de sus atribuciones legales, se dirige a la sociedad venezolana para manifestar su absoluto rechazo a los denominados “Decretos Constitucionales” que modifican el Código Orgánico Tributario (COT), la Ley Orgánica de Aduanas (LOA) y la Ley de impuesto al valor agregado (LIVA), emanadas de la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente (ANC), publicadas en la *Gaceta Oficial* No. 6.507 *Extraordinaria* del 29 de enero de 2020, y alerta a la ciudadanía de la nulidad e ineficacia de las mencionadas vías de hecho normativas. Con ellas se pretende (i) radicalizar la persecución tributaria, con la puesta en vigencia de sanciones, manifestación de un derecho penal del «enemigo» en contra del ciudadano contribuyente y (ii) la creación de nuevos tributos que, antes que basarse en la capacidad contributiva y procurar la elevación del nivel de vida de la población como lo demanda la Constitución, penalizan los medios de pago de uso legítimo, en violación de los más elementales derechos y garantías constitucionales y convencionales, que presiden la creación de sanciones y tributos en Venezuela, con evidentes propósitos de control y dominación social, contrarios a la libertad y dignidad humana.

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales reitera una vez más su criterio sobre la ilegitimidad de origen de la ANCI y sobre la espuria intención de anular y suprimir a la Asamblea Nacional, único órgano constitucional del Poder Público legitimado por el pueblo venezolano para legislar en las materias de competencia Nacional².

Consecuentemente, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales condena la inconstitucional pretensión de la usurpadora ANC de legislar sobre materias de la reserva legal y soslayar la necesaria representación deliberativa esencial a la creación de tributos y

la UT para (i) independizar el ajuste de la intervención de la Asamblea Nacional, (ii) reafirmar su uso exclusivo por la Administración Tributaria Nacional⁵⁸, (iii) facultarla para ajustarla a discreción, sin referencia a ningún criterio objetivo, solo condicionada por la **“autorización del Presidente de la República”**⁵⁹, (iv) disponer que se aplique la UT vigente al cierre del ejercicio respectivo para tributos que se liquiden por períodos y, finalmente, (v) manipular el ajuste del valor de las sanciones pecuniarias con una fórmula distinta a la UT asociada al tipo de cambio de la especie monetaria extranjera de mayor valor vigente a la fecha del pago de la sanción. De esta manera se discontinuó el uso de la UT como medio de reexpresión de valor de las sanciones tributarias y se derogó tácitamente⁶⁰ la llamada **“Ley Constitucional sobre la creación de la Unidad Tributaria Sancionatoria”**, que nunca se aplicó.

b. El impuesto inflación

Paradójicamente el principal tributo en Venezuela es la hiperinflación. Una exacción absolutamente al margen de la legalidad, sin límites ni control institucional. El privilegio monopolístico en la creación de dinero ha sido pervertido por el Gobierno con la complicidad del BCV como un instrumento recaudatorio para financiar sus déficits fiscales. Aparte de su carácter clandestino (no consentido por sus destinatarios), incierto e impredecible, la inflación es la práctica monetaria más inmoral por su carácter destructivo del poder de compra, regresivo y distorsionante. Respeto las apariencias de los valores nominales, pero destruye la realidad del poder adquisitivo.

sanciones en el Estado democrático de derecho. Tal como señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñidas al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana.”. *Pronunciamento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en rechazo a los “Decretos Constitucionales” que pretenden modificar el Código Orgánico Tributario, la Ley Orgánica de Aduanas y la Ley de impuesto al valor agregado dictadas por la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente*, de fecha 2 de febrero de 2020.

⁵⁸ **Artículo 346.** “Los órganos y entes del Poder Público tendrán un plazo de un (1) año contado a partir de la fecha de publicación de este Decreto Constituyente en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, para sustituir la unidad de medida para la determinación de beneficios laborales o tasas y contribuciones especiales derivadas de los servicios que prestan, en los casos en que se encuentren actualmente establecidas en unidades tributarias”.

⁵⁹ **Artículo 131(15)** “La Administración Tributaria tendrá las facultades, atribuciones y funciones que establezcan la Ley de la Administración Tributaria y demás leyes y reglamentos, y en especial: (15) “reajustar la unidad tributaria (UT) previa autorización del Presidente de la República.”

⁶⁰ **Artículo 351.** Se deroga el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Tributario publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.152 Extraordinario, de fecha 18 de noviembre de 2014 y todas las disposiciones legales que colidan con las materias que regula este Decreto Constituyente, las cuales estarán regidas únicamente por sus normas y por las leyes a las que éste remita expresamente.

Solo para tener una idea del tamaño de la destrucción de la economía venezolana basta con mencionar la serie estadística sobre las variaciones del producto interno bruto (PIB) entre los años 2014 hasta el primer trimestre de 2021. Estas cifras revelan el colapso macroeconómico más agudo de la historia mundial: (i) un ciclo recesivo (decrecimiento económico) de 8 años seguidos, (ii) una contracción agregada de 77% del PIB.

La caída interanual es de: -3.9%, -6.2%, -17.0%, -15.7%, -19.6%, -35.05%, -30.0% y -10.0%, para 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020 y 2021 (primer trimestre), respectivamente.

Una situación calificada como **“Emergencia Humanitaria Compleja en Venezuela”**⁶¹. Quizás lo más doloroso sea 5.4 millones de habitantes desplazados o emigrados en los últimos 15 años según ANCUR (Agencia de las Naciones Unidas para refugiados)⁶².

Por su parte la hiperinflación despuntó vertiginosamente con porcentajes interanuales escandalosos. Va desde 2014 con 68%, en 2015 180%, en 2016 274%, en 2017 862% en 2018 de 130.060%, 2019 de 9585% y 2020 de 2959%, según información del BCV e INE para 2020.

La destrucción de la economía nacional por la hiperinflación tiene consecuencia directa en la caída de la recaudación real, constituye un estímulo perverso que induce al retraso o incluso al incumplimiento de los contribuyentes de sus obligaciones fiscales formales y materiales.

En hiperinflación la tributación y la eficacia recaudatoria pierden sentido económico. Su funcionalidad queda reducida a la de otro mecanismo de control social, apalancada en la intimidación y en la amenaza de los medios administrativos y penales de coacción de la recaudación tributaria

⁶¹ <https://www.hrw.org/es/report/2019/04/04/la-emergencia-humanitaria-en-venezuela/se-requiere-una-respuesta-gran-escala-de#>; ver también <https://news.un.org/es/story/2019/11/1464991>; ver **“...El país sigue sufriendo una hiperinflación, una grave escasez de alimentos y medicinas, y una grave crisis humanitaria. Esta situación ha obligado a alrededor de una sexta parte de la población a abandonar el país, con más de cinco millones de venezolanos que habrían emigrado hasta abril de 2020, según estimaciones del ACNUR2”.** *Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, Consejo de Derechos Humanos Cuadragésimo quinto período de sesiones 14 de septiembre a 2 de octubre de 2020 Tema 4 de la agenda Las situaciones de derechos humanos que requieren la atención del Consejo, 15 de septiembre de 2020.* En https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf

⁶² <https://www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html>. **“Las personas continúan saliendo de Venezuela para huir de la violencia, la inseguridad y las amenazas, así como la falta de alimentos, medicinas y servicios esenciales. Con más de 5 millones de venezolanos y venezolanas que se encuentran viviendo en el exterior, la gran mayoría en países de América Latina y el Caribe, esta se ha convertido en una de las principales crisis de desplazamiento del mundo”.**

2. *Capacidad contributiva, no discriminación, razonabilidad de los tributos y prohibición de confiscación*

A. *Consagración del derecho*

El derecho a contribuir con arreglo a la capacidad económica encuentra concreción expresa en el enunciado del artículo 316⁶³ del Texto Fundamental de 1999. Lo complementan la prohibición de discriminación 21(1)⁶⁴ y la prohibición de confiscación del artículo 317⁶⁵ Constitucionales.

Se trata de un derecho con un contenido esencial que vincula al legislador y es susceptible de tutela judicial. Su virtualidad aparece conectada a nociones elocuentes como las de “sistema tributario”, “justa distribución de las cargas públicas”, “capacidad económica”, “progresividad del sistema”, “protección de la economía nacional y elevación del nivel de vida de la población” y “recaudación eficiente”, que denotan la extensión del derecho en cuestión y prefiguran su contenido esencial. Su objetivo es servir de criterio para el reparto de las cargas públicas y otorgar al contribuyente un derecho a contribuir a los gastos generales de acuerdo con su respectiva capacidad económica⁶⁶.

De un lado, las nociones de **(i)** “sistema tributario”, “capacidad económica”, “protección de la economía nacional y elevación del nivel de vida de la población” y “sistema de recaudación eficiente”, enfatizan las exigencias instrumentales de coherencia interna del tributo, del orden del conjunto tributario, así como su eficiencia. Por su parte las nociones de **(ii)** “**justa distribución de las cargas públicas**”, “**progresividad del sistema**” y “**no confiscación**”, enfatizan las exigencias de racionalidad axiológica, esto es, promueven el valor de la justicia del tributo, las cuales complementan la racionalidad técnica implicada en la exigencia de coherencia en el diseño de la exacción y en el conjunto que el sistema implica.

a. *Sustrato técnico o instrumental*

Hay un *sólo* sistema tributario, en una *sola* economía, pero también una *sola* capacidad contributiva que es incidida por los distintos tributos y por los distin-

⁶³ **Artículo 316 de la CRBV:** El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del o la contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población; para ello se sustentará en un sistema eficiente para la recaudación de los tributos

⁶⁴ **Artículo 21 de la CRBV:** Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia: 1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

⁶⁵ **Artículo 317 de la CRBV:** No podrá cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por las leyes. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio.

⁶⁶ HERRERA M., Pedro M., *Capacidad económica y sistema fiscal <análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho Alemán>*, Marcial Pons, Madrid 1998, p. 134.

tos poderes tributarios. Se opone a toda contradicción o antinomias y hasta las lagunas axiológicas, así como la contradicción tributaria sistémica cuya expresión más patológica es la múltiple imposición interna. Por eso, la coherencia del sistema exige la de los tributos individualmente y la del conjunto con el propósito de promover la **“protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población”**⁶⁷. Así mismo, la condición de **“sistema”** se enlaza con las exigencias de coordinación y cooperación entre los poderes y competencias tributarios, cuya connotación más saliente es el **“principio de armonización tributario”** que ejerce el centro sobre la periferia. De lo contrario no se estaría frente a un sistema, sino en presencia de un régimen tributario⁶⁸ o peor aún, en una “distopía⁶⁹” como grado superlativo y perverso de anarquía.

Como quiera que el sistema tributario tiene como finalidad la **“protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población”**, los fines extrafiscales de la tributación encontrarían justificación en la medida que otros bienes constitucionales promuevan tal desviación, sean para acentuar la imposición o para producir el desgravamen, desestimulando o estimulando económica, social o culturalmente la actividad de que se trate o sencillamente atendiendo a algún propósito de solidaridad social que justifique el sacrificio contributivo de la propiedad particular.

A su vez la noción de **“capacidad económica”**, resalta la sustancia económica del tributo. Siendo el tributo ante todo una categoría jurídica, pero con sustancia económica, siempre se expresará como una magnitud económica que deberá ser representada y cuantificada de alguna forma idónea, lo que responderá a una racionalidad técnica específica según la naturaleza del hecho concreto revelador de dicha expresión de riqueza. *El material económico es el punto de conexión entre las situaciones reales y la normatividad tributaria adecuada a una situación dada.*

⁶⁷ La coordinación tributaria supone la coherencia entre las distintas formas de imposición sobre la capacidad contributiva, con el propósito de evitar superposiciones y lagunas que quebranten la homogeneidad en la imposición.

⁶⁸ Cfr. PLAZAS V., Mauricio, *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*, Tomo II, Derecho Tributario, Segunda edición, Temis, Santa Fe de Bogotá 2005, p. 397.

⁶⁹ La voz distopía (dystopia) designa un “mal lugar”. Una **distopía**, también denominada **antiutopía**, es una **utopía perversa** donde la realidad transcurre en términos opuestos a los de una sociedad ideal. El término fue acuñado como **antónimo** de **utopía** y se usa principalmente para hacer referencia a una sociedad **ficticia** donde las consecuencias de la manipulación y el adoctrinamiento masivo - generalmente a cargo de un Estado autoritario o totalitario - llevan al control absoluto, condicionamiento o exterminio de sus miembros bajo una fachada de benevolencia. El concepto se asocia con regímenes dictatoriales. Por su parte, la **distopía** económica implica dominación, engaño e ineficiencia bajo un pretexto de benevolencia. CUSIMANO, Javier, *“El término de distopía funciona como antónimo de utopía. En la siguiente nota de análisis de las distopías representadas en el cine y la literatura”*, consultada el 25 de mayo de 2018, disponible en web: <<https://ecotopia.noblogs.org/2011/02/637/>>.

Como las normas tienen un contenido cognitivo que puede analizarse críticamente con ayuda de informaciones científicas y técnicas, las distintas ciencias sociales aportan materiales que son relevantes para el derecho, son los contenidos legales que permiten conocer el alcance de los intereses involucrados. El derecho debe ser coherente con esta realidad y elaborar una concepción racional práctica y crítica.

Pero hay más. La capacidad contributiva como índice económico de riqueza y causa del gravamen, tiene que ser una riqueza *efectiva*: el impuesto no debe gravar la capacidad “productiva”, sino la riqueza obtenida “efectivamente”; no debe establecer presunciones *iuris et de iure* que imputen una riqueza meramente probable al contribuyente, ni ficciones que fabulen una realidad artificial, así como tampoco cabe gravar rendimientos puramente nominales en situaciones de inflación. En todo caso, la concreción del principio en cada situación demandará el acercamiento o el alejamiento del mismo, debido a la ponderación de otros bienes constitucionales⁷⁰. Los fines extrafiscales o aquellos que primen la practicabilidad administrativa, deberán justificar una restricción del principio de capacidad económica, mediante el control de razonabilidad.

La promoción de la racionalidad del sistema se traduce en la eficiencia del mismo, esto es, a la realización de los fines que la predeterminan. La eficiencia del sistema tributario no debe ser confundida con la eficiencia de la administración tributaria. La primera implica y comprende la segunda. La eficiencia del sistema se refiere más ampliamente a la *(i)* la incidencia neutral del tributo sobre la economía, esto es, evitar distorsiones en la asignación de recursos, *(ii)* la suficiencia del producto en relación con el costo de la recaudación, *(iii)* la minimización del costo de cumplimiento para el sujeto pasivo y los terceros y *(iv)* la recaudación eficaz por la administración tributaria, recordando el principio instrumental de la gestión administrativa al servicio del ciudadano y su sometimiento pleno a la ley y al derecho *ex* artículo 141 Constitucional. Sobre este último particular volveremos más adelante, solo anticipando desde ya nuestra convicción de que la recaudación tributaria no es un fin en sí misma, la recaudación ni la practicabilidad administrativa justifican una tributación inconstitucional ya que como ordena el mandato constitucional, ésta solo tiene fines instrumentales, esto es, está al servicio de la tributación con arreglo a la capacidad económica.

⁷⁰ El caso clínico lo representa la decisión de la Sala Constitucional que declaró la inaplicación del IVA sobre los servicios médicos privados, bajo el argumento de la precedencia de la salud pública respecto del derecho a contribuir con arreglo a la capacidad contributiva, para en definitiva declarar exento el servicio de salud del impuesto en cuestión. Señaló la Sala que: **“...no puede el Estado, [...] promover la desigualdad en cuanto a la garantía de acceso a los servicios de salud, mediante la aplicación de un impuesto al valor agregado a los contribuyentes que requieran de atención médico asistencial, odontológica, de cirugía y hospitalización prestados por instituciones privadas”**. Sentencia de fecha 5 de junio de 2003, caso *Fernando Bianco y otros en acción de nulidad y amparo contra Ley de impuesto al valor agregado*, consultada en URSO C., Giuseppe y DIAZ, I., Valmy, *El IVA <una década de jurisprudencia en Venezuela>*, Editorial Paredes, Caracas 2004, 137 p.

b. *Sustrato axiológico*

La capacidad económica como soporte axiológico del tributo se mueve en una doble dimensión de tipo horizontal y vertical.

Horizontalmente, implica que sujetos con la misma capacidad económica tributen por el mismo concepto en igualdad de circunstancias, esto es, se proscriben las discriminaciones impositivas. Esta prohibición se subsume en la prohibición constitucional más general regulada por el artículo 21(1) Constitucional⁷¹.

Verticalmente, la igualdad no implica que todo contribuyente deba ser tratado en idéntica situación (bases imponibles) cuando tienen capacidades económicas distintas a los fines del tributo de que se trate. Tales diferencias de tratamiento pueden existir **“...siempre que esas diferencias no violen los límites de la racionalidad”**. De igual forma implica que la presión del gravamen debe aplicarse progresivamente, esto es, la carga contributiva individual debe aumentar en una proporción mayor al incrementar la riqueza disponible, típicamente vinculada a aumentos de la alícuota o del tipo de gravamen. La progresividad es una técnica que se asocia con la redistribución de la renta⁷².

Como quiera que el principio de capacidad económica se fundamenta en los principios de la **función social de la propiedad y solidaridad**, quien más tiene más puede contribuir al gasto común, razón por la cual, en este sentido parece coherente concebirlo como **“capacidad económica progresiva”**⁷³. La progresividad tiene su ejemplificación y realización más saliente en el impuesto sobre la renta y los impuestos personales como el que grava en forma directa el patrimonio. Sin embargo, en el caso de los impuestos indirectos, la virtualidad de la progresividad se dificulta técnicamente, pero puede promoverse o, su contrario, la regresividad, puede morigerarse mediante otras técnicas tributarias tales como las dispensas tributarias (p.e. exención bienes de consumo esencial en el IVA) y los créditos impositivos (p.e. rebajas o bonificaciones a la cuota a pagar por nuevas inversiones, inversiones ambientales, sociales, cargas de familia).

De esta forma se pueden controlar la razonabilidad de los impuestos extraordinarios (de guerra, temporales en emergencia económica) y los fines extrafiscales de la tributación, los cuales deben justificarse para proteger la economía nacional y que por su intensidad nunca pueden tener efecto confiscatorio según expresa prohibición constitucional en refuerzo del derecho de propiedad y de la libertad económica. En íntima relación con los fines extrafiscales se conectan los

⁷¹ **Artículo 21 de la CRBV**: Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia: 1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, 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.

⁷² CARVALHO, Cristiano, **Teoría de la decisión tributaria**, Biblioteca de Derecho Financiero y Tributario LEX, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile 2017, p. 212

⁷³ **Ob. Cit. No.** 53, p. 129.

tributos parafiscales y otras formas de tributación atípicas en promoción de fines de solidaridad y defensa de bienes constitucionales como el medio ambiente, seguridad social, la prevención antidrogas, la promoción del conocimiento de las nuevas tecnologías y otros.

Aunque la interdicción de la confiscación se refiere a los tributos en particular *ex* artículo 317, es obvio que, la prohibición alcanza el conjunto tributario, cuando la combinación de estos sobre el patrimonio individual lo menoscaba en su sustancia, esto es, en la capacidad de mantenerse.

La constante perplejidad en la aplicación del principio ha estado en la indeterminación del supuesto de hecho de la prohibición y el criterio para determinar el *quantum* a partir del cual un tributo tiene el tal efecto expoliatorio. Nuestra Jurisprudencia solo ofrece una casuística inconcluyente que no permite establecer una línea de principio sobre las condiciones de aplicación del mandato, pues se hace obvia de la argumentación judicial, la dificultad de comprometerse con formulaciones abstractas que bien son o rígidas o inoperantes.

Sin embargo, no es posible afirmar consistentemente que la imposición sea justa o favorezca la asignación de recursos disponibles, cuando se conculcan diariamente las exigencias fundamentales de racionalidad del tributo. Esa falta de respeto a la consistencia lógica y a la razón, tantas veces registrada en la política tributaria actual, es causa fundamental de la crisis de los impuestos⁷⁴. Como afirma Fuentes Quintana, la falta de coherencia entre valores y conductas fiscales produce un efecto inmediato: minar de contradicciones la elaboración y aplicación del tejido legislativo del sistema tributario, frustrar el crecimiento económico, la eficacia recaudatoria y como consecuencia la aversión social del impuesto. La desconfianza y el recelo rodean la elaboración y aplicación de los tributos y como consecuencia, las obligaciones que los impuestos establecen no se aceptan por la sociedad. La desviación del sistema tributario real del ideal racional, ocasionan el desprestigio social de la imposición.⁷⁵

Este es el caso venezolano de hoy: Los tributos son creaciones caprichosas, inconsultas, arbitrarias, incoherentes y regresivas. No puede predicarse la existencia de un sistema tributario, sino de un auténtico “régimen distópico”, como veremos de seguidas.

C. *Inmoralidades contra la capacidad contributiva*

a. *La eliminación del ajuste integral por inflación (API) de la base imponible del ISR solo para los contribuyentes especiales*

Desde hace varios años está en marcha un proceso irracional e ideologizado de eliminación de la *corrección monetaria fiscal*. Este aserto lo ejemplifica la (i)

⁷⁴ FUENTES Q., Enrique, “**Introducción**”, en NEUMARK, Fritz, *Principios de la imposición*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1974, p. XL

⁷⁵ *Ibidem* p. XLI

artera exclusión del API en LISR en las reformas mediante Decretos-Ley de 2014 y 2015, primero para las entidades financieras y de seguros⁷⁶, y al año siguiente⁷⁷, para los denominados sujetos pasivos especiales⁷⁸. Adicionalmente, **(ii)** la Admi-

⁷⁶ Artículo 173 LISR derogada: “A los solos efectos tributarios, los contribuyentes a que se refiere el artículo 7 de esta Ley, que iniciaron sus operaciones a partir del 1° de enero del año 1993, y realicen actividades comerciales, industriales, bancarias, financieras, de seguros, reaseguros, explotación minas e hidrocarburos y actividades conexas, que estén obligados a llevar libros de contabilidad, deberán al cierre de su primer ejercicio gravable, realizar una actualización inicial de sus activos y pasivos no monetarios, según las normas previstas en esta Ley, la cual traerá como consecuencia una variación en el monto del patrimonio neto para esa fecha”.

Artículo 173 LISR nueva: “(...) Los contribuyentes que realicen actividades bancarias, financieras, de seguros y reaseguros quedarán excluidos del sistema de ajustes por inflación previsto en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley (...)”.

La Administración Tributaria, dictó la Providencia Administrativa No. SNAT/2015/0021 de fecha 11 de septiembre de 2015 (la “Providencia”), en ejecución del artículo 195 de la LISR que rige únicamente para las instituciones bancarias, de seguros y reaseguros. El artículo 3 de la Providencia contempló, *ad litteram* que: “A partir del ejercicio fiscal 2015, los contribuyentes indicados en el artículo 1 de esta Providencia no podrán utilizar el sistema de ajustes por inflación a efectos de determinación del impuesto sobre la renta, ni traspasar la pérdida neta por inflación no compensada originada en ejercicios anteriores” Venezuela, Providencia No. SNAT/2015/0021, mediante la cual establecen las Normas para el ajuste contable de los contribuyentes que realicen actividades Bancarias, Financieras, de Seguros y Reaseguros excluidos del sistema de ajustes por inflación, publicada en la *Gaceta Oficial* No. 40.744, del 11 de septiembre de 2015.

⁷⁷ Venezuela, Decreto No. 2.163 del 29 de diciembre de 2015, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta, el cual reforma parcialmente la ley de 2014, publicada en la *Gaceta Oficial* No. 6.210 *Extraordinaria*, del 30 de diciembre de 2015, en la cual se extendió la exclusión del sistema de ajuste integral por inflación a los sujetos pasivos calificados como especiales por la Administración Tributaria, y reiterando la mencionada exclusión para las entidades que realicen actividades bancarias, financieras, de seguros y reaseguros.

⁷⁸ Paradójicamente, de forma ostensiblemente discriminatoria, se mantiene la corrección monetaria integral (Título IX) para los contribuyentes que no califiquen como sujetos pasivos especiales pero que lleven contabilidad, así como la corrección monetaria incidental de activos no monetarios transferidos por contribuyentes personas naturales que no lleven contabilidad.

Con estas reformas legislativas no existen fundamentación, ni corrección, sino pretextos retóricos y manipulación eficaz. A partir de un criterio improvisado e irresponsable y una visión ideológica alucinada que no toma en cuenta ni la realidad de la inflación, ni sus consecuencias sobre la medida de capacidad económica efectiva, se afirma que la inflación es una ilusión del lenguaje, un invento ideológico de dominación política y económica, y no un fenómeno económico que envilece el poder adquisitivo y una exacción oculta que empobrece a la población. En ese contexto la corrección monetaria es asimilada a un subterfugio que permite escapar a la tributación y no un mecanismo técnico que limitadamente pretende neutralizar sus efectos distorsionantes sobre la estructura normativa de los tributos. (ver SALAS R., Luis, “**Adiós al ajuste por inflación o la eliminación de un impuesto de las élites económicas contra la ciudadanía**”, publicado el 31 Diciembre de 2015, consultado el 15 de abril de 2018, disponible en web: <<http://questiondigital.com/?p=31606>>. También ver SALAS R., Luis, “**22 Claves para entender y combatir la guerra económica**”. <La inflación no existe en la vida real>, esto es, cuando una persona va a un local y se encuentra con que los precios han aumentado, no está en presencia de una “inflación”. En realidad, lo que tiene al frente es justamente

nistración tributaria, ha retrasado y minimizado el ajuste de la unidad tributaria (UT)⁷⁹. Incluso, **(iii)** el BCV ha adoptado una política deliberada de opacidad, demorando la publicación de los índices de inflación durante 2015, 2016 y todavía después del cierre de 2017⁸⁰.

eso: un aumento de los precios, problema del cual la inflación en cuanto teoría y sentido común dominante se presenta como la única explicación posible, cuando en verdad es tan solo una y no la mejor. Se presenta como la única posible porque es la explicación del sector dominante de la economía, en razón de la cual se la impone al resto. En tal sentido, debemos ver cómo se forma y cómo funciona esta idea, pero sobre todo qué cosa no nos muestra, qué cuestiones claves no nos deja ver ni nos explica tras todo lo que dice mostrarnos y explicarnos como obvio". Consultado el 15 de abril de 2018, disponible en web en: <http://www.psuw.org.ve/wp-content/uploads/2016/01/22-claves-para-entender-y-combatir-la-Guerra-Econ%C3%B3mica.pdf>, p. 8-9.)

En la exposición de motivos de la reforma de la LISR se justifica la eliminación del ajuste por inflación, pero sin explicación racional alguna, solo con el pretexto simplista de que **"... el ajuste por inflación se ha constituido en un mecanismo de disminución injustificada del pago de impuesto"**. Nada más. Ver nuestros trabajos críticos: **"Aspectos protervos en la eliminación del ajuste integral por inflación fiscal a las entidades financieras y de seguros"**, en *XIV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas 2015, y **"El <Impuesto a la Inflación> sobre el Patrimonio Bancario: Inconstitucionalidad de la eliminación del ajuste integral por inflación fiscal a las entidades financieras y de seguros"**, en el libro de Alfredo Morles Hernández, *La Banca <en el Marco de la Transición de Sistemas Económicos en Venezuela>*, Segunda Edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2016, 315 p. Ver ROMERO-MUCI, Humberto, *Uso, abuso y perversión de la Unidad Tributaria (una reflexión sobre tributación indigna)*, Serie Estudios No. 111, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2016, 120 p.

⁷⁹ Con el propósito de subestimar la corrección de los umbrales de tributación y otras expresiones monetarias fijas utilizadas como créditos a la base imponible o a la cuota a pagar, fundamentalmente en el ISR.

⁸⁰ De esta forma se impidió el derecho a la corrección monetaria durante los cierres financieros y fiscales que tuvieron lugar durante dichos periodos. En efecto, el BCV retrasó la publicación de la información sobre el INPC desde enero de 2016 hasta diciembre de 2017. Esta situación impide conocer con certeza oficial la variación de la inflación acumulada durante dicho periodo y utilizar dicho índice deflactor para fines del uso de una medida monetaria homogénea en la medición de la información financiera y fiscal a reportar en relación con dichos periodos.

Los resultados de la variación del INPC correspondientes al tercer trimestre de 2015 y los correspondientes al cuarto trimestre -cierre del año 2015- fueron publicados por el BCV el 15 de enero de 2016 y el 18 de febrero de 2016, respectivamente. Se evidencia que la variación acumulada del INPC durante los primeros nueve meses del año 2015 fue de 108,7% mientras que la variación anualizada al cierre del tercer trimestre de 2015 se ubicó en 141,5%. Los precios acumularon una variación de 34,6% en el cuarto trimestre de 2015, inferior a la observada en el trimestre previo (38,9%). La variación acumulada del INPC durante el año 2015 fue de 180,9%. Para 2016 fue 550% y para 2017 fue 2.616%.

Consultado en: <http://www.bcv.org.ve/Upload/Comunicados/aviso150116.pdf> <http://www.bcv.org.ve/Upload/Comunicados/aviso180216.pdf>

<http://runrun.es/la-economia/economia/298675/asamblea-nacional-calculo-inflacion-de-2016-en-550.html>

<https://prodavinci.com/asamblea-nacional-inflacion-anual-fue-2-616-en-2017-1/>

La sola exclusión del API en la LISR a los contribuyentes denominados especiales⁸¹, crea un inmenso vacío jurídico, una radical incoherencia, en la que el derecho (el cálculo de la base imponible en el ISR) se distancia de la realidad, resultando ineficaz y distorsionante.

Esa decisión normativa es ostensiblemente lesiva del derecho a contribuir conforme a la capacidad económica del contribuyente, pues lejos de recaer sobre una medida real de capacidad económica, termina incidiendo sobre una medición falseada y sobreestimada por la inflación, es decir, el impuesto no incide sobre la renta efectiva, sino sobre una renta fantasma o ficticia, esto es, en definitiva, incide sobre sustancia de patrimonio.

Esa decisión normativa es también lesiva del derecho a la igualdad, pues crea una situación *discriminatoria* al impedir sin razón objetiva la corrección monetaria de la base imponible correspondiente, que por el contrario se mantiene incólume para todos los demás contribuyentes del ISR que realicen actividades mercantiles o que lleven contabilidad, y que no califiquen como sujetos pasivos especiales.

Este (mal) manejo doloso de la legalidad abre un espacio indeterminado, un abismo normativo donde sólo anida la perplejidad, la injusticia y el daño económico para los contribuyentes que se perjudican con la inflación, gravando ganancias ficticias e impidiendo desgravar pérdidas reales por inflación. Antinómicamente, beneficia al que gana con la inflación, porque quedan excluidos de la tributación los ingresos ocultos por causa de la depreciación monetaria.

⁸¹ La definición y regulación de los *sujetos pasivos* calificados como *especiales* por la Administración Aduanera y Tributaria, corresponde a una técnica de máxima discrecionalidad, que riñe con la legalidad estricta que exige la *base enunciativa* derivada de los artículos 3 del COT y 317 de la CRBVV. En este caso, de la propia literalidad del artículo 171 de la LISR se deduce tal vulneración, cuando se indica que los *sujetos pasivos*, serán los *calificados como especiales por la Administración Aduanera y Tributaria* y no por una ley formal y materialmente sancionada, serán sujetos de la exclusión del derecho al ajuste integral por inflación del ISR, o lo que es lo mismo, excluidos del derecho a contribuir según la capacidad contributiva real y efectiva. Así lo confirma Eduardo Meier: “...la inclusión de los sujetos pasivos, calificados como especiales por la Administración Aduanera y Tributaria, en los artículos 171 y 193 de la última reforma del ISR, no es más que una extensión del ámbito subjetivo infringido (antes exclusivamente sobre bancos, seguros y reaseguros), una nueva e inconstitucional deslegalización que usurpa el rango de ley, quebrantando la prohibición de innovar sobre las materias reservadas al legislador y la congelación del rango, en violación del artículo 3 del COT. La identificación normativa de las subjetividades típicas o sujetos pasivos del tributo constituye un elemento de técnica tributaria absolutamente reservado a la ley, que se corresponde con el principio constitucional de legalidad tributaria y el derecho fundamental a la reserva de ley y tipicidad exhaustiva, derivados del artículo 317 de la Constitución, según el cual no podrán cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que no estén establecidos en ley previa, escrita, estricta y cierta”. Cfr. MEIER G., Eduardo, “Constitución fachada: a propósito de la tributación selectiva en las reformas del ISR”, en *El impuesto sobre la renta. Aspectos de una necesaria reforma*, Memorias de las XVI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, Caracas 2017, p. 180.

Particularmente, *la banca y las empresas de seguros son sectores altamente vulnerables a la inflación*. La exclusión del API es deletérea del patrimonio de este tipo de empresas, porque estos contribuyentes poseen estructuras patrimoniales fundamentalmente integradas por *cuentas monetarias*, esto es, aquellas que no se protegen de la inflación y que se liquidan por valores faciales o fijos. El patrimonio de estas empresas termina mermándose injustamente por el pago de un impuesto sobre ganancias ficticias, comprometiendo su solvencia y su capacidad económica para cumplir sus fines de interés general.

Si aún por encima de la Constitución, no se considera la distorsión de la inflación sobre la potencialidad para contribuir a los gastos públicos, estamos trágicamente presenciando lo que agudamente alertara el célebre Juez Estadounidense John Marshall⁸², cuando señaló que **“el poder de gravar implica el poder de destruir (*the power to tax involves the power to destroy*)”**⁸³. Lo más patético en nuestro caso, es que la inflación y el poder de destrucción impositivo, son propiciados por el propio Estado para la ruina del sector financiero, la economía nacional y del bienestar de la población.

b. La fijación del régimen de anticipos de IVA e ISR, a través de la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente (ANC)

El Decreto constituyente mediante el cual la ANC establece el régimen temporal de pago de anticipos del Impuesto sobre la Renta (“el Decreto”)⁸⁴ es inconstitucional e ilegal, por violar los principios de justicia tributaria y quebrantar del derecho a contribuir conforme a la capacidad real y efectiva, previsto en el artículo 133⁸⁵ y 316⁸⁶ constitucionales, además de usurpar las competencias del Poder Legislativo y extralimitarse en las funciones del ilegítimo Poder Constituyente⁸⁷,

⁸² *Cfr.* en su connotada sentencia en el caso *Mc. Culloch vs. Maryland*, 17 U.S. 316, 4 Wheat 316, 4 L. Ed. 579 (1819), consultado el 5 de mayo de 2018, disponible en web: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/case.html>>.

⁸³ Citado por GIULIANI F., Carlos, *Derecho Financiero*, 5ta. Edición, Depalma, Buenos Aires 1993, p. 322.

⁸⁴ “Decreto Constituyente que Establece el Régimen Temporal de Pago de Anticipos del Impuesto al Valor Agregado e Impuesto sobre la Renta para los Sujetos Pasivos Calificados como Especiales que se dediquen a realizar actividades económicas distintas de la explotación de Minas, Hidrocarburos y de Actividades Conexas, y no sean perceptores de regalías derivadas de dichas explotaciones” Publicado en *Gaceta Oficial No. 6.396 Extraordinario* del 21 de agosto de 2018. Entró en vigencia el 1 de septiembre de 2018.

⁸⁵ “**Artículo 133.** Toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley”.

⁸⁶ **Artículo 316.** El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas publicas según la capacidad económica del o la contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población; para ello se sustentará en un sistema eficiente para la recaudación de los tributos

⁸⁷ **Artículo 347.** El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución.

al que en su caso se le encomendó redactar una nueva Constitución y no establecer un régimen de anticipos por concepto de (IVA e ISLR), en unas condiciones de hiperinflación y contracción económica, en las que ni siquiera puede considerarse con seguridad que llegue a causarse el tributo.

El Decreto establece un régimen de anticipos por concepto ISR que sustituye la regulación del Reglamento de la Ley de ISR. Señala que tendrá carácter temporal, pero lo supedita a una eventual derogatoria total o parcial, e indefinida por el Ejecutivo Nacional.

El anticipo del pago de ISR será calculado sobre la base de los ingresos brutos⁸⁸ obtenidos del período de imposición anterior en materia de IVA, multiplicado por el porcentaje de dos por ciento (2%) para las instituciones financieras, sector bancario, seguros y reaseguros, y, uno por ciento (1%) para el resto de los contribuyentes especiales. Quedan exentas de su pago las personas naturales bajo relación de dependencia, calificadas como sujetos pasivos especiales y no sujetos los contribuyentes que se dediquen a la explotación de minas, hidrocarburos y de actividades conexas, y no sean perceptores de regalías derivadas de dichas explotaciones.

El Decreto señala que este anticipo podrá ser acreditado contra el impuesto sobre la renta que le corresponda pagar en el ejercicio fiscal, de ser el caso. Es allí donde se patentiza la violación al derecho a contribuir conforme a la capacidad contributiva, cuando se obliga a anticipar un crédito a cuenta de la obligación definitiva y final que se verificará al cierre del ejercicio respectivo, sin que aún pueda determinarse si al final del ejercicio el contribuyente tendrá la obligación de pagar el impuesto, es decir, en violación al derecho a determinar y pagar el tributo conforme a la capacidad económica contributiva real y efectiva.

Para que el ISR sea conforme al derecho a la capacidad contributiva real y efectiva, debe gravar los enriquecimientos anuales, netos y disponibles obtenidos en dinero o en especie, únicamente sobre los incrementos de patrimonio reales y verificables que resulten después de restar de los ingresos brutos, los costos y deducciones,⁸⁹ todo lo cual se ve gravemente quebrantado por el Decreto que, con pretensiones limitadamente recaudatorias, establece el pago mensual⁹⁰ de deter-

⁸⁸ El artículo 3 contempla que “A los efectos de este Decreto Constituyente, se entiende por Ingresos Brutos, el producto de las ventas gravables de los bienes, prestaciones de servicios, arrendamientos y cualesquiera otros proventos regulares o accidentales”.

⁸⁹ Artículos 1, 4 y 5 de la LISR. *Gaceta Oficial* No 6.210 Extraordinario de 30 de diciembre de 2015.

⁹⁰ Artículo 7 del Decreto: Los anticipos en materia de Impuesto sobre la Renta (ISLR) e Impuesto al Valor Agregado (IVA) deberán ser declarados por los Sujetos Pasivos Especiales conforme a las siguientes reglas: a. Cada día, los anticipos recaen sobre los ingresos brutos obtenidos por los contribuyentes. b. La declaración y pago de los anticipos deberá efectuarse en el lugar, forma y condiciones que establezca la Administración Tributaria mediante Providencia Administrativa de carácter general. Visto que el anticipo del ISLR depende de la declaración del IVA de la semana anterior, resulta consistente que el anticipo del ISLR se entere **luego de hacer la declaración del IVA con el que está vinculado.**

minada porción de ingresos brutos para ser ingresada al Fisco, como anticipo por la eventual causación de un tributo que por su naturaleza se causa sobre ingresos anuales, netos y disponibles.

El Decreto contraría los precedentes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que ha enfatizado la limitada condición *instrumental* del principio de recaudación en el contexto del sistema tributario constitucional: **“La recaudación está al servicio de la capacidad contributiva”**. La recaudación no es fin en sí mismo, sino un medio para asegurar la captación de la realidad contributiva y nada más. La recaudación por sí sola nunca justifica una tributación inconstitucional, al margen del derecho a contribuir conforme a la capacidad económica. En la Sentencia No. 301/2007 del 27 de febrero de 2007, esta Sala Constitucional señaló: **“El principio de eficiencia se ordena a un fin superior, que no puede deslastrarse del respeto a la justa distribución de las cargas públicas y con ello obviar la capacidad contributiva”**⁹¹.

Incluso, constituye una inconstitucional deslegalización de la materia que debe ser regulada mediante acto de rango legal, violando el artículo 3 del COT, según el cual sólo a las leyes corresponden regular con sujeción a las normas generales del Código las materias reservadas, entre las cuales está los elementos esenciales del tributo, la base de su cálculo y la determinación de la base imponible, que en el ISLR reviste especial interés, en tiempos de radical envilecimiento monetario, y constituye un elemento de técnica tributaria absolutamente reservado a la ley, que se corresponde con el principio constitucional de legalidad tributaria y el derecho fundamental derivado en el artículo 317 de la Constitución, según el cual no podrán cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que no estén establecidos en ley previa, escrita, estricta y cierta.

c. La determinación de obligaciones y sanciones tributarias en divisas o criptoactivos (el Petro)

Ya la iniciativa de convertir el Petro en un medio de cuantificación y pago de obligaciones tributarias fue plasmada defectuosamente en el Decreto No. 3719 de fecha 28 de diciembre de 2018⁹², en ejecución del Decreto de estado de excepción y emergencia económica en todo el territorio nacional No. 3610 de fecha 10 de septiembre de 2018, prorrogado por el Decreto No. 3655 de fecha 9 de noviembre de 2018.

Esta iniciativa fracasó y nunca fue implementada por el Ministerio de Finanzas encargado de su ejecución, independientemente del despropósito, ilegal e in-

⁹¹ Sentencia No. 301/2007 de 27 de febrero, de la Sala Constitucional Tribunal Supremo de Justicia, caso *Adriana Vigilanza y Carlos Vecchio en acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la norma de los artículos 67, 68, 69, 72, 74 y 79 del Decreto No. 307 con Rango y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta*, publicado en la *Gaceta Oficial* No. 5.390 *Extraordinario* del 22 de octubre de 1999, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/301-270207-01-2862.htm>

⁹² *Gaceta Oficial* No. 6420 de fecha 28 de diciembre de 2018

constitucional, de discontinuar el uso del bolívar, como medio para representar las bases imponibles y el pago de tributos y accesorios⁹³, asociados a transacciones en el territorio nacional denominados en moneda extranjera o “criptodivisas”.

Esta situación se radicalizó con una seguidilla de sentencias de la Sala Constitucional No. 0250, 078, 118, 0161, 0273⁹⁴ en colusión con varios órganos del estado y con ciertos operadores políticos, se puso en pie una acción para *desconstitucionalizar, deslegalizar, desdemocratizar y centralizar* autoritariamente las reglas sobre tributación municipal, al margen de las facultades armonizadoras de la Asamblea Nacional y en fraude la autonomía tributaria de los Estados y Municipios. Para este fin se justificó la aprobación inconstitucional del llamado Acuerdo Nacional de Armonización Tributaria Municipal (ANAT), suscrito por el Consejo Bolivariano de Alcaldes de la República Bolivariana de Venezuela (“CBA”).

El ingrediente más nefario del ANAT consistió en “**apr[obar] el uso del Petro**”, al que define como criptoactivo venezolano “...**para ser utilizado como unidad de cuenta para el cálculo dinámico de los tributos y sanciones, cobrando exclusivamente a partir de su equivalente en bolívares soberanos...**”, indicando que se hace “...**con el firme propósito de avanzar en su uso como criptoactivo para fortalecer este ecosistema**”.

El uso del Petro constituye una forma de “dolarización” por “sustitución de activos” que tiene su causa en la hiperdevaluación y la hiperdepreciación del bolívar. Sus objetivos son sustituir el bolívar y el uso indirecto de la moneda extranjera de referencia que usa el Petro, como reserva de valor para la denominación de las obligaciones tributarias y sus accesorios. Independientemente de su ilicitud, económicamente, esa sustitución asegura una medida de equilibrio entre el uso del bolívar y la protección de valor indirectamente en el dólar o alguna moneda dura.

Como hemos dicho anteriormente, el uso del Petro como unidad de cuenta o pago o como pretendido mecanismo de corrección de la obligación y sanciones tributarias viola frontalmente la (i) obligación de determinar y pagar la obligación tributaria y sus accesorios en bolívares según el artículo 146 (encabezado) del COT de 2020, la (ii) indeterminación de su valor implica una deslegalización prohibida, (a) por tratarse de una materia de estricta reserva legal tributaria, según confirman el artículo 3 *eiusdem* y ultimadamente (b) porque el Petro no es moneda ni unidad monetaria y mucho menos tiene curso legal en Venezuela.

⁹³ Artículo 1. “Los sujetos pasivos que realicen operaciones en el territorio nacional en moneda extranjera o cripto divisas, autorizadas por la ley, a través de los convenios cambiarios suscritos entre el Ejecutivo nacional y el Banco Central de Venezuela o mediante decreto presidencial, que constituyan hechos imponibles generadores de tributos nacionales, deben determinar y pagar las obligaciones en moneda extranjera o cripto divisas”.

⁹⁴ Sentencias de la SC (i) N° 0250 de fecha 08 de agosto de 2019, (ii) N° 078 de fecha 07 de julio de 2020, la (iii) No. 118 de fecha 18 de agosto de 2020 y las (iv) Nos. 0161 del 20 de noviembre de 2020 y 0273 de fecha 30 de diciembre de 2020, en colusión con otros poderes del estado y operadores políticos.

El uso del Petro como pretendido medio de corrección monetaria de las obligaciones y accesorios tributarios municipales, es un expediente radicalmente irrazonable; es inidóneo, innecesario y desproporcionado como medio de corrección de valor; resulta un contrasentido porque desnaturaliza la obligación tributaria originalmente en bolívares para medirla en términos de esa unidad de valor (que no unidad monetaria), aunque se pague en bolívares a su contravalor.

Finalmente, hemos señalado⁹⁵ que, la “**dolarización**” de sanciones en el COT de 2020 así como el uso del Petro como criterio de valoración de sanciones tributarias municipales constituye una protuberante antinomia de los artículos 146 y 3 encabezado del COT 2020, que obligan a la presentación y pago del tributo y sus accesorios en bolívares, con exclusión de cualquier otra moneda y *a fortiori*, de cualquier pretendido sucedáneo monetario de cuantificación como el Petro.

Ello en sí mismo constituye una ilegalidad e inconstitucionalidad por (i) deslegalizar la moneda para denominar y pagar sanciones tributarias y (ii) contradecir el uso del bolívar como moneda de uso forzoso para denominar y pagar las obligaciones tributarias. Semejantes infracciones invalidan cualquier pretendida aplicación de sanciones medidas en dólares o en Petros.

Se trata de un expediente absolutamente indeterminado y desproporcionado que no solo deslegaliza, sino que desnaturaliza la obligación tributaria causada en bolívares, para convertirla en una obligación de valor medida en términos de la moneda extranjera que se utiliza como especie de corrección. La multa ya no se determinará en bolívares sino en la moneda extranjera que ventajosa y arbitrariamente se decida aplicar “**como la de mayor valor**”, aunque se pague en bolívares.

Económicamente un reconocimiento de la disfunción del bolívar como unidad monetaria y jurídicamente un subterfugio para desplazar el uso del bolívar. De esta forma la Administración Tributaria se garantiza (i) un ingreso por las sanciones tributarias vinculadas al valor de una divisa estable, a la par que (ii) pretenden lucrarse de los daños causados ilícitamente por la hiperinflación e hiperdepreciación del bolívar, mediante una política de intimidación y control social sobre los contribuyentes, en el contexto de una gestión recaudatoria sin debido proceso.

d. La anarquización del sistema tributario mediante la exacerbación de la para fiscalidad

Abusando nuevamente del expediente de los decretos ley, el Presidente de la República empezó a crear desde 2002 una pluralidad de contribuciones para-

⁹⁵ Cfr. ROMERO-MUCI, Humberto, “La metamorfosis kafiiana de la Unidad tributaria y la dolarización de las sanciones tributarias”, en *Libro homenaje a Jesús Caballero Ortíz*, Fundación de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2021 (en prensa), p. 29.

fiscales destinadas a financiar entes autónomos encargados de fines públicos sectoriales. Los nuevos tributos alcanzaron un número de 26. La anarquía parafiscal se presentó inicialmente como pura manipulación del *nomen jurídico* utilizado por ciertos textos normativos para tipificar prestaciones legales que encubrían el despropósito de evadir la institucionalidad tributaria. Una dejación de los principios de legalidad, capacidad contributiva y seguridad jurídica. Creció un aluvión de obligaciones pecuniarias desordenadas que entorpecieron el sistema socio económico y que aumentaron la presión fiscal. Una vorágine que no responde a un propósito coherente, que perturbó, no solo la actividad económica particular, sino la actividad financiera del Estado y la total actividad administrativa, creando diferentes intereses “privados” entre los distintos organismos y cuerpos de funcionarios públicos.

Esa actitud “**deconstructiva**” pudo explicarse en su momento como ignorancia y despropósito. Hoy tenemos la convicción de que responde a una estrategia perversa de dominación política⁹⁶.

Este gran desorden (i) anarquiza las finalidades publicas parafiscales y otras políticas públicas, (ii) anarquiza el gasto público por afectación prematura de recursos sin adecuada planificación y coordinación, (iii) erosiona los márgenes financieros de las empresas, (iv) erosiona la base imponible del impuesto sobre la renta, (v) anarquiza el diseño de los hechos imponibles y las bases de cálculo, (vi) degenera en máxima opacidad sobre los conceptos usados, (vii) promueve la deslegalización de conceptos esenciales a las definiciones de las obligaciones legales, (viii) genera contradicciones entre los reglamentos y las leyes respectivas, (ix) genera incerteza sobre la entrada en vigor de las obligaciones contributivas, (x) anarquiza las formas de cumplimiento de las obligaciones: modo, lugar y tiempo de cumplimiento, tales como el régimen de anticipos, (xi) anarquiza las formas y procedimientos sancionatorios y (xii) dispersa los procedimientos de control de legalidad administrativo y judicial de los actos de determinación de las dichas obligaciones parafiscales.

⁹⁶ Tal como lo confirman las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que en el caso *Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH)*, niegan el carácter de contribuciones parafiscales a los aportes debidos al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda y los considera *imprescriptibles*. Inmediato eco de lo anterior se añade las *genuflexas* sentencia del Tribunal Quinto de lo Contencioso Tributario, del 23 de febrero de 2012, en el caso de la “**contribución de comunas**” prevista en el artículo 48 la Ley de instituciones del sector bancario, que negó el carácter tributario de la referida norma, por cuanto “...**el aporte está destinado al financiamiento de proyectos de los consejos comunales u otras formas de organización social, en virtud de que no constituye un imperio del Estado al que los ciudadanos estén obligados a coadyuvar en las cargas públicas, sino que va dirigido particularmente a las instituciones bancarias, las cuales deberán destinar el cinco por ciento (5%) de su resultado bruto, al financiamiento de tales proyectos**”.

e. Atentados al principio de solidaridad y responsabilidad social

Nuevamente abusando del Decreto Ley se eliminó la exención de ISR⁹⁷ a los enriquecimientos obtenidos por fundaciones y asociaciones sin fines de lucro, con destinos artísticos, culturales, deportivos y ambientales. Incluso las universidades y colegios privados son susceptibles del gravamen, incluidos demás entidades docentes como universidades, colegios y academias educativas de cualquier propósito ilícito. La nueva formulación normativa se limita a las entidades benéficas⁹⁸.

Se trata de una antinomia inaceptable que pretende el gravamen de entidades sin fines de lucro, esto es, que no representan capacidad contributiva efectiva, porque no distribuyen beneficios a sus fundadores, sino que los reinvierten en el giro de sus actividades culturales, científicas y artísticas.

Semejante exclusión frustra la iniciativa privada en la tributación y la posibilidad para desarrollar la responsabilidad social del sector intermedio de la sociedad civil, en consonancia con el deber constitucional de solidaridad⁹⁹.

Sin dudas es otro intento de desincentivar la participación ciudadana a través de formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad¹⁰⁰ y estatalizar todos los espacios de la vida humana en sociedad.

⁹⁷ **Artículo 14 LISR de 2007** : “Están exentos de impuesto:(...) **10** “Las instituciones dedicadas exclusivamente a actividades religiosas, artísticas, científicas, de conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, tecnológicas, culturales, deportivas y las asociaciones profesionales o gremiales, siempre que no persigan fines de lucro, por los enriquecimientos obtenidos como medios para lograr sus fines, que en ningún caso distribuyan ganancias, beneficios de cualquier índole o parte alguna de su patrimonio a sus fundadores, asociados o miembros de cualquier naturaleza y que sólo realicen pagos normales y necesarios para el desarrollo de las actividades que les son propias. Igualmente, y bajo las mismas condiciones, las instituciones universitarias y las educacionales, por los enriquecimientos obtenidos cuando presten sus servicios dentro de las condiciones generales fijadas por el Ejecutivo Nacional;

⁹⁸ **Artículo 14 LISR de 2014**: “Están exentos de impuesto: (...) 3: Las instituciones benéficas y de asistencia social, siempre que sus enriquecimientos se hayan obtenido como medio para lograr los fines antes señalados; que, en ningún caso, distribuyan ganancias, beneficios de cualquier naturaleza o parte alguna de su patrimonio a sus fundadores, asociados o miembros y que no realicen pagos a título de reparto de utilidades o de su patrimonio;

⁹⁹ **Artículo 135 de la CRBV**: Las obligaciones que correspondan al Estado, conforme a esta Constitución y a la ley, en cumplimiento de los fines del bienestar social general, no excluyen las que, en virtud de la solidaridad y responsabilidad social y asistencia humanitaria, correspondan a los particulares según su capacidad. La ley proveerá lo conducente para imponer el cumplimiento de estas obligaciones en los casos en que fuere necesario. Quienes aspiren al ejercicio de cualquier profesión, tienen el deber de prestar servicio a la comunidad durante el tiempo, lugar y condiciones que determine la ley.

¹⁰⁰ **Artículo 70 de la CRBV**: Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo

II. MORAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA Y LOS CONFLICTOS DE PRACTICABILIDAD ADMINISTRATIVA

La eficiencia administrativa constituye una condición necesaria, pero no suficiente de un sistema tributario justo.

Ya desde la Sala Constitucional se justificó la limitada condición *instrumental* del principio de recaudación en el contexto del sistema tributario constitucional: **“La recaudación está al servicio de la capacidad contributiva”**. La recaudación no es fin en sí misma, sino un medio para asegurar la captación de la realidad contributiva y nada más. La recaudación por sí sola nunca justifica una tributación inconstitucional, al margen del derecho a contribuir conforme a la capacidad económica¹⁰¹.

De otro lado, la *eficiencia* en la recaudación tributaria no es un valor constitucionalmente tutelado, a pesar de su referencia en artículo 316 de la Constitución vigente. Se trata de un conjunto de técnicas jurídicas dirigidas a asegurar el deber de contribuir a los gastos públicos, con carácter limitadamente instrumental y al servicio del ingreso tributario. Ese carácter instrumental lo confirma el propio texto constitucional, cuando establece las pautas de actuación de la gestión administrativa, en la que se inscribe, por su naturaleza, la gestión tributaria.

El dispositivo rector de la actividad administrativa contenido en el artículo 141 Constitucional, señala que la gestión de especie debe ser conducida conforme a los principios de **“...honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas, y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, como sometimiento pleno a la ley y al derecho”**, haciendo énfasis en el carácter instrumental de tal actividad cuando indica de comienzo que **“[l]a Administración Pública está al servicio de los ciudadanos ...”**¹⁰².

abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad. La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo.

¹⁰¹ Así lo decidí en la Sentencia de la Sala Constitucional Tribunal Supremo de Justicia No. 301/2007 del 27 de febrero de 2007: **“El principio de eficiencia se ordena a un fin superior, que no puede deslastrarse del respeto a la justa distribución de las cargas públicas y con ello obviar la capacidad contributiva”**. Sentencia, caso *Adriana Vigilanza y Carlos Vecchio en acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la norma de los artículos 67, 68, 69, 72, 74 y 79 del Decreto No. 307 con Rango y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta*, publicado en la Gaceta Oficial No. 5.390 Extraordinario del 22 de octubre de 1999, disponible en web <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/301-270207-01-2862.htm>>.

¹⁰² Así lo señala hoy la reciente Ley Orgánica de Administración Pública, en su artículo 10, en particular haciendo referencia a los principios rectores de la Administración Pública, en particular los de economía, celeridad, simplicidad, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad,

En un Estado de Derecho y de Justicia que proclama como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y la preeminencia de los derechos humanos, la *eficacia* tiene que procurarse con estricto respeto a esos valores superiores, de modo que cualquier actuación administrativa, incluida la de gestión tributaria, debe subordinarse a esos valores superiores entre los cuales se incluye la *tutela judicial efectiva*.

Sin embargo, se ha introducido en el ordenamiento jurídico tributario toda suerte de modificaciones legislativas en desmedro de la igualdad posicional y de la relación tributaria como relación de derecho y no de poder. Ello ha significado el irrespeto más desafiante de los derechos (humanos y constitucionales) de nuestra historia contemporánea. Su conducto ha sido la anómala delegación legislativa en el Presidente de la República y los abusos del decreto ley.

A. La desjudicialización del juicio ejecutivo y de las medidas cautelares

Ha sido tan perturbadora la marcha atrás de los derechos fundamentales de la tributación en el país, que incluso se ha clamado por la reivindicación del estatuto de los derechos del contribuyente¹⁰³.

Se ha acometido el otorgamiento de mayores potestades a la Administración tributaria, algunas exorbitantes, incluyendo intensas facultades recaudatorias como la *(i)* facultad de embargar y rematar bienes del contribuyente sin que medie instancia judicial, esto es, sin derecho a ser oído por un juez competente, independiente, imparcial y objetivo conforme a todas los derechos y garantías judiciales consustanciales al debido proceso, o lo que es lo mismo, en ejecución directa de una muy riesgosa y excesiva autotutela administrativa, *(ii)* la ‘desjudicialización’ del juicio ejecutivo, reemplazado por un procedimiento coactivo de cobro por parte de la Administración de todas las deudas tributarias pendientes y la adopción de medidas cautelares, sin intervención del Poder Judicial, así como *(iii)* la eliminación del efecto suspensivo inmediato del recurso jerárquico.

En efecto, como señala el profesor BLANCO-URIBE, con la reforma del Código Orgánico Tributario de 2014 se propició una usurpación de poder, por cuanto el Administrador de la Hacienda Pública Nacional y jefe supremo de la Administración Tributaria Nacional, actuando como legislador de excepción (delegado), confisca (usurpa) la función jurisdiccional confiada constitucionalmente

transparencia, buena fe y confianza. Decreto No. 1.424 del 17 de noviembre de 2014, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, publicado en la *Gaceta Oficial* No. 6.147 *Extraordinaria* del 17 de noviembre de 2014.

¹⁰³ *Vid.* BLANCO-URIBE Q., Alberto, “La Necesidad de un Estatuto del Contribuyente o Declaración de los Derechos del Contribuyente frente al Ejercicio de la Potestad Tributaria”, en *Estudios sobre Derecho Procesal Tributario vivo*, Colección Estudios Jurídicos No. 115, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, p. 327.

al Poder Judicial en el artículo 253¹⁰⁴ que ha resultado “desacatado, desobedecido, ignorado, burlado”. Se “desjudicializa el poder cautelar general y la fase de ejecución de sentencias, y también lo desjurisdiccionaliza, pues esas instituciones se pasan a la misma Administración Tributaria Activa y contraparte, con la que se encuentre trabado el litigio, o incluso antes del juicio, al margen del juicio o luego del mismo”.¹⁰⁵:

Como consecuencia de esta agazapada e inconsistente reforma, la Administración Tributaria es competente para iniciar, impulsar y resolver todas las incidencias del ahora denominado cobro ejecutivo,¹⁰⁶ puede también en vía administrativa embargar bienes y derechos del deudor¹⁰⁷ sin estar obligada a notificar las actas respectivas¹⁰⁸, pudiendo constituirse en depositaria de los bienes¹⁰⁹ y

¹⁰⁴ Artículo 253 de la **CRBV** “Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias”.

¹⁰⁵ BLANCO-URIBE Q., Alberto, “**El Recurso Contencioso Tributario, en las líneas del Prof. Gabriel Ruan Santos**”, en *Estudios sobre Derecho Procesal Tributario vivo*, Colección Estudios Jurídicos No. 115, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, p.p. 688-689.

¹⁰⁶ **Artículo 290 COT**: El cobro ejecutivo de las cantidades líquidas y exigibles, así como la ejecución de las garantías constituidas a favor del sujeto activo, se efectuará conforme al procedimiento establecido en este Capítulo.

La Competencia para iniciar e impulsar el mismo y resolver todas sus incidencias, corresponde a la Administración Tributaria.

El procedimiento de cobro ejecutivo no será acumulable a las causas judiciales ni a otros procedimientos de ejecución. Su iniciación o tramitación se suspenderá únicamente en los casos previstos en este Código.

El inicio del procedimiento de cobro ejecutivo previsto en este Código genera de pleno derecho, el pago de un recargo equivalente al diez por ciento (10%) de las cantidades adeudadas por concepto de tributos, multas e intereses, con inclusión de los intereses moratorios que se generen durante el procedimiento de cobro ejecutivo.

¹⁰⁷ **Artículo 291 COT**: Al día siguiente del vencimiento del plazo legal o judicial para el cumplimiento voluntario, se intimará al deudor a pagar las cantidades debidas y el recargo previsto en el artículo anterior, dentro de los cinco (5) días continuos siguientes contados a partir de su notificación.

De no realizarse el pago en el referido plazo, la Administración Tributaria dará inicio a las actuaciones dirigidas al embargo de los bienes y derechos del deudor.

La intimación efectuada constituye título ejecutivo para proceder contra los bienes y derecho del deudor o de los responsables solidarios y no estará sujeta a impugnación.

¹⁰⁸ **Artículo 293 del COT**: La Administración Tributaria designará a los funcionarios o funcionarias que practicarán el embargo, los cuales se entenderán autorizados o autorizadas a efectuar todas las diligencias necesarias a tal fin y levantarán las actas en las que se especifiquen los bienes y derechos embargados y el valor que se les asigne el cual no podrá ser inferior al precio de mercado.

En ningún caso se requerirá la notificación de las correspondientes actas, pero el deudor o la persona que se encuentra en el lugar, podrán solicitar se le entregue copia simple de las mismas.

¹⁰⁹ **Artículo 296 del COT**: Ordenado el embargo, la Administración Tributaria se constituirá en depositaria de los bienes o designará como tal al mismo deudor o a personas legalmente autorizadas para tal fin.

ordenar el remate de los bienes embargados que, de no cubrir el monto adeudado, podrá ordenar embargos complementarios hasta cubrir la totalidad de la deuda¹¹⁰. Esta actuación jurídica y material unilateral de la Administración Tributaria ocurre por mandato legal, como “una auténtica vía de hecho” que transforma a la Administración Tributaria en juez y (contra) parte, para practicar embargos sin notificación y rematar bienes del contribuyente, sin que medie sentencia definitivamente firme que condene al pago de cantidad alguna por parte del juez natural; sin que se haya podido ejercer el derecho de acceso a la justicia.

La Administración Tributaria podrá acordar medidas cautelares de embargo preventivo de bienes muebles y derechos, retención de bienes muebles, prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, suspensión de devoluciones tributarias o de otros pagos que deban realizar los entes públicos a favor de los obligados tributarios, suspensión de incentivos fiscales, entre otras¹¹¹. Esta actuación jurídica y material unilateral de la Administración Tributaria ocurre por mandato legal, como “una auténtica vía de hecho” pero legalizada, en la que los funcionarios públicos designados por la Administración están facultados para practicar embargos sin notificación y rematar bienes del contribuyente, sin que medie sentencia definitivamente firme que condene al pago de cantidad alguna por parte del juez natural; sin que se haya podido ejercer el derecho de acceso a la justicia, porque como se constatará, el sujeto pasivo está ilegítima e inconstitucionalmente imposibilitado de hacerlo.

De no haber personas legalmente autorizadas en el lugar en que estén situados los bienes o si estas no pudieran concurrir al sitio del embargo, la Administración Tributaria podrá confiar temporalmente el depósito a personas distintas de las mencionadas en el encabezamiento de este artículo.

El embargo sobre bienes inmuebles o derechos que recaigan sobre éstos será notificado por la Administración Tributaria al Registrador o Registradora del lugar donde esté situado el inmueble, indicando sus linderos y demás circunstancias que lo identifiquen.

- ¹¹⁰ **Artículos 299 del COT:** Efectuado el embargo, la Administración Tributaria ordenará el remate de los bienes embargados. A tal efecto, procederá a designar a un funcionario o funcionaria experto, a los fines de que éste efectúe el avalúo de los bienes embargados dentro de un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, contados a partir de la fecha de su designación. El deudor o deudora podrá solicitar un nuevo avalúo, en cuyo caso, éste procederá a seleccionar un nuevo experto. Los costos del nuevo avalúo serán soportados por el deudor o deudora. De existir diferencias entre los avalúos efectuados, deberá utilizarse el que refleje el mayor valor.

Artículo 300 del COT: La inactividad en la ejecución de los bienes embargados por parte de la Administración Tributaria, no conlleva su liberación, ni culminación del procedimiento de ejecución.

- ¹¹¹ **Artículo 291 del COT:** Al día siguiente del vencimiento del plazo legal o judicial para el cumplimiento voluntario, se intimará al deudor a pagar las cantidades debidas y el recargo previsto en el artículo anterior, dentro de los cinco (5) días continuos siguientes contados a partir de su notificación.

De no realizarse el pago en el referido plazo, la Administración Tributaria dará inicio a las actuaciones dirigidas al embargo de los bienes y derechos del deudor.

La intimación efectuada constituye título ejecutivo para proceder contra los bienes y derecho del deudor o de los responsables solidarios y no estará sujeta a impugnación.

De modo que el contribuyente se verá despojado de sus bienes y de su patrimonio, impedido de seguir realizando el giro normal de su actividad económica al sufrir embargos y remates sobre sus bienes, muebles, equipos o maquinarias sin que contra estas medidas de ostensible afectación jurídica y patrimonial, se haya articulado la posibilidad de ejercer el derecho al debido proceso, con todos sus corolarios, como son el derecho a la defensa, el derecho al juez natural, el derecho a la revisión judicial de las actuaciones administrativas, el derecho a producir y controlar las pruebas, en fin sin que se haya producido ni cosa juzgada material ni formal. Esto en violación del derecho de acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva¹¹², el derecho al debido proceso¹¹³, el derecho a la presunción de inocencia¹¹⁴, el derecho a la igualdad de las partes en el proceso¹¹⁵ y el derecho a la integridad del patrimonio¹¹⁶.

Todo lo anterior transcurre, en sacrificio injustificado de derechos fundamentales y patrimoniales, sin que medie la actuación de un juez competente, y más grave aún, sin que pueda impugnarse ni controlarse la intimación efectuada que hace las veces de título ejecutivo para proceder contra los bienes y derechos del deudor o de los responsables solidarios¹¹⁷.

¹¹² **Artículo 26 de la CRBV:** “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente”.

¹¹³ **Artículo 49 de la CRBV:** “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas...”.

¹¹⁴ **Artículo 49, numeral 2 de la CRBV:** “Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”.

¹¹⁵ Consecuencia del derecho general a la igualdad. **Artículo 21, numeral 1 de la Constitución:** “Todas las personas son iguales ante la ley, y, en consecuencia: *1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona*”.

¹¹⁶ **Artículo 115 de la CRBV:** “Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo 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”. **Artículo 116 de la CRBV:** “No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes” y **Artículo 317 de la CRBV:** “... Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio”.

¹¹⁷ **Artículo 291 del COT:** Al día siguiente del vencimiento del plazo legal o judicial para el cumplimiento voluntario, se intimará al deudor a pagar las cantidades debidas y el recargo previsto en el artículo anterior, dentro de los cinco (5) días continuos siguientes contados a partir de su notificación.

b. Indignidad de la tributación sobre las personas naturales por subestimación y retraso en el ajuste de la UT

El objetivo técnico de la UT consiste limitadamente en fijar una unidad de medida homogénea o módulo monetario, para la reexpresión automática de los valores nominales fijos utilizados por las normas tributarias para expresar referencias cuantitativas. Su uso fundamental estaba referido a la estructura de tramos y otros valores monetarios fijos en la integración de los umbrales de tributación. Incluso se utilizó en la denominación de los tipos monetarios que dimensionan sanciones pecuniarias. Así fue regulado desde que se introdujo dicho expediente en el COT reformado en 1994.

La corrección monetaria de la UT¹¹⁸ ha sido *(i)* subestimada a conveniencia por la Administración Tributaria, mediante el retraso y minimización de su ajuste, con el propósito de *(ii)* subestimar la corrección de los umbrales de tributación y otras expresiones monetarias fijas utilizadas como créditos a la base imponible o a la cuota a pagar, fundamentalmente en el ISR. Incluso, *(iii)* el BCV durante 2015 demoró la publicación de los índices de inflación¹¹⁹ hasta mediados de

De no realizarse el pago en el referido plazo, la Administración Tributaria dará inicio a las actuaciones dirigidas al embargo de los bienes y derechos del deudor.

La intimación efectuada constituye título ejecutivo para proceder contra los bienes y derecho del deudor o de los responsables solidarios y no estará sujeta a impugnación.

¹¹⁸ **Artículo 131 del COT.** La Administración Tributaria tendrá las facultades, atribuciones y funciones que establezcan la Ley de la Administración Tributaria y demás leyes y reglamentos; y en especial:

15. Reajustar la Unidad Tributaria (U.T.) dentro de los quince (15) primeros días del mes de febrero de cada año, previa opinión favorable de la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional, sobre la base de la variación producida en el Índice Nacional de Precios al Consumidor fijado por la autoridad competente, del año inmediatamente anterior. La opinión de la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional deberá ser emitida dentro de los quince (15) días continuos siguientes de solicitada.

¹¹⁹ El BCV retrasó la publicación de la información sobre el INPC desde enero de 2015 hasta enero de 2016. Esta situación impidió conocer con certeza oficial la variación de la inflación acumulada durante dicho periodo y utilizar dicho índice deflactor para fines del uso de una medida monetaria homogénea en la medición de la información financiera y fiscal a reportar en relación con dichos periodos.

Los resultados de la variación del INPC correspondientes al tercer trimestre de 2015 y los correspondientes al cuarto trimestre - cierre del año 2015 fueron publicados por el BCV el 15 de enero de 2016 y el 18 de febrero de 2016 respectivamente. Se evidencia que la variación acumulada del INPC durante los primeros nueve meses del año 2015 fue de 108,7% mientras que la variación anualizada al cierre del tercer trimestre de 2015 se ubicó en 141,5%. Los precios acumularon una variación de 34,6% en el cuarto trimestre de 2015, inferior a la observada en el trimestre previo (38,9%). La variación acumulada del INPC durante el año 2015 fue de 180,9%. Para 2016 fue 550% y para 2017 fue 2.616%.

Consultado en: <http://www.bcv.org.ve/Upload/Comunicados/aviso150116.pdf> <http://www.bcv.org.ve/Upload/Comunicados/aviso180216.pdf>

<http://runrun.es/la-economia/economia/298675/asamblea-nacional-calculo-inflacion-de-2016-en-550.html>

<https://prodivinci.com/asamblea-nacional-inflacion-anual-fue-2-616-en-2017-1/>

febrero de 2016, impidiendo el derecho a la corrección monetaria durante los cierres financieros y fiscales que tuvieron lugar durante dicho periodo.

El objetivo final de esta *praxis* manipulativa consiste en un obscuro (ilegítimo) aumento de la presión fiscal a las personas naturales, que no se corresponde con su capacidad contributiva efectiva. Esta subestimación del ajuste empuja a dichos contribuyentes a tramos superiores de imposición (*bracket creep*), incluso gravando a algunos que están por debajo de la base de un mínimo impositivo en términos reales, esto es, de un *mínimo vital*¹²⁰. Esto se traduce en un ostensible daño al contribuyente y en una dejación de fines esenciales del Estado, que la obligan a la defensa y desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, según prescribe con rotundidad la base enunciativa que integran los textos de los artículos 3, 299 y 316 Constitucionales¹²¹. No menos importante, compromete la responsabilidad patrimonial de la República y de los funcionarios directamente involucrados en la infracción del orden legal, que ha degenerado en el cobro indebido de tributos, susceptibles de repetición, tal como garantizan los artículos 26, 30, 49, 137, 139, 140 y 259 de la Constitución, en concordancia con el artículo 327 del COT.

Es tan indignante la situación de subestimación del ajuste de la UT que los perceptores de salario mínimo se convirtieron en contribuyentes del ISR. Una situación francamente lesiva del derecho humano a un “mínimo vital tributario”.

¹²⁰ Por “**mínimo imponible**” nos referimos al nivel de renta mínima excluida de la tributación. Las técnicas normativas, la extensión e intensidad de la mínima imposición, pueden variar mucho dependiendo de la decisión del legislador. Puede ser implementada como un mínimo exento, un mínimo no sujeto, como un mínimo gravado con tarifa 0, o como una minoración a la base imponible. *En todos los casos, el efecto práctico (económico) es la no imposición de un mínimo identificado como necesario para atender necesidades de subsistencia*. En el derecho internacional de los derechos humanos hay un consenso en que esa zona de no imposición constituye una medida económica representativa de ausencia de capacidad contributiva a los gastos generales como expresión de derecho al respeto de la dignidad humana en el Estado Social y de Derecho. Ese derecho humano suele identificarse bajo el concepto de “**mínimo vital**”. Lo importante es que esa zona de no imposición sea efectiva y cumpla su propósito de permitir la retención económica de los recursos necesarios para la atención de las necesidades vitales y familiares del contribuyente frente a la tributación.

¹²¹ **Artículo 3 de la CRBV**: “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 consagrados en esta Constitución.

La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines”.

Artículo 299 de la CRBV: “El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad”.

Artículo 316 de la CRBV: “El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del o la contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población; para ello se sustentará en un sistema eficiente para la recaudación de los tributos”.

Adicionalmente, la UT es utilizada espuriamente en contextos de corrección donde técnicamente, no debe ni puede funcionar. En expresión de un derecho sancionatorio máximo, cargado de incertidumbre e imprevisibilidad, la UT vigente a la fecha del pago es utilizada para dimensionar las multas expresadas normativamente en términos de dicha unidad de valor y no según la vigente a la fecha de la comisión del ilícito¹²², en infracción de los principios de taxatividad penal, de la prohibición de retroactividad normativa y de razonabilidad de la Ley. Lo propio ocurre para las sanciones pecuniarias expresadas en términos porcentuales, las cuales deberán convertirse al equivalente de UT que corresponda al momento de la comisión del ilícito y deberán ser cumplidas utilizando el valor de la misma que estuviere vigente para la fecha del pago¹²³.

En suma, insólitamente, la perversión normativa es llevada al paroxismo de la desproporción: hay *defecto de corrección* allí donde la inflación sobrestima las capacidades contributivas y hay *exceso de corrección* allí donde la incidencia de la inflación no justifica su corrección. Estos desafueros anarquizan el sistema tributario, generando un *déficit* de coherencia regulativa, con la consecuente degradación de la debida y necesaria justicia y seguridad jurídica en la imposición. Este es un fenómeno que tiende a generalizarse y a pervertirse en nuestro medio.

III. MORAL DEL JUEZ TRIBUTARIO

En desarrollo de la justicia como valor superior, la Constitución consagra el derecho de toda persona al acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses y lograr su tutela efectiva y obtener con prontitud la decisión correspondiente¹²⁴. Se define el proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia, conminando al legislador a la sim-

¹²² **Artículo 91 del COT:** “Cuando las multas establecidas en esta Código estén expresadas en unidades tributarias (UT), se utilizará el valor de la unidad tributaria que estuviere vigente para el momento del pago”.

¹²³ **Artículo 92 del COT:** “Las multas establecidas en este Código, expresadas en términos porcentuales, se convertirán, se convertirán al equivalente de unidades tributarias (UT) que correspondan al momento de la comisión del ilícito y se cancelarán utilizando el valor de la misma que estuviere vigente para el momento del pago”. *Vid.* WEFPE, Carlos. “**Inflación y derecho penal tributario <las sanciones tributarias como obligaciones <de valor>**”, Trabajo inédito de investigación para su incorporación a la Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México D.F. 2015, consultado el 28 de mayo de 2018, disponible en web: < http://www.academia.edu/35487471/INFLACION%20Y%20DERECHO%20PENAL%20TRIBUTARIO._Las_sanciones_tributarias_como_obligaciones_de_valor>.

¹²⁴ **Artículo 26 de la CRBV:** “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

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

plificación, uniformidad y eficacia de los trámites y a la adopción de un procedimiento breve, oral y público, en el que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales¹²⁵. En forma complementaria el artículo 334 consagra la obligación constitucional a todos los jueces en el ámbito de su competencia de asegurar la integridad de la Constitución, especialmente el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso. Así mismo, contempla que el debido proceso se aplicará todas las actuaciones judiciales y administrativas por lo que la defensa inviolable en todo estado y grado de la investigación y el proceso teniendo la persona interesada derecho ser notificado de los cargos por los cuales investiga acceder a las pruebas a disponer del tiempo necesario y los medios de cuando para ejercer su defensa¹²⁶.

La Constitución también incorpora la garantía de imparcialidad y de independencia¹²⁷ en el ejercicio de sus funciones de los jueces y magistrados que, **“...desde la fecha de su nombramiento y hasta su egreso del cargo respectivo, no podrán, salvo el ejercicio del voto, llevar a cabo activismo político partidista, gremial, sindical o de índole semejante, ni realizar actividades privadas lucrativas incompatibles con su función, ni por sí ni por interpósita persona, ni ejercer ninguna otra función pública a excepción de actividades educativas”**¹²⁸.

La Constitución también contempla la jurisdicción contencioso administrativa, inclusiva del ámbito contencioso tributario, que **“...corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley, que son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; 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**

¹²⁵ **Artículo 257 de la CRBV:** El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

¹²⁶ **Artículo 49 de la CRBV:** “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: **1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso (...).**”.

¹²⁷ **Artículo 254 de la CRBV:** “El Poder Judicial es independiente...”

¹²⁸ **Artículo 256 de la CRBV:** Con la finalidad de garantizar la imparcialidad y la independencia en el ejercicio de sus funciones, los magistrados o las magistradas, los jueces o las juezas; los fiscales o las fiscales del Ministerio Público; y los defensores públicos o las defensoras públicas, desde la fecha de su nombramiento y hasta su egreso del cargo respectivo, no podrán, salvo el ejercicio del voto, llevar a cabo activismo político partidista, gremial, sindical o de índole semejante, ni realizar actividades privadas lucrativas incompatibles con su función, ni por sí ni por interpósita persona, ni ejercer ninguna otra función pública a excepción de actividades educativas.

Los jueces o las juezas no podrán asociarse entre sí

servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa¹²⁹.

La moral juridificada en la Constitución venezolana es impecable e indefectible desde el punto de vista deóntico. Pero en la realidad esa fuerza normativa de la Constitución no representa un límite a la política y son insuficientes los controles de los poderes constituidos. No funcionan en la práctica los pesos y contrapesos democráticos (*checks and balances*) por la falta de independencia y autonomía de los Poderes Públicos, especialmente del Poder Judicial.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en sus informes sobre Venezuela, la necesidad de que los tribunales sean autónomos de otras ramas del gobierno, esto es, que estén libres de influencias, amenazas o interferencias de cualquier origen, manifestando su preocupación por aspectos que afectan la independencia e imparcialidad del poder judicial, en particular por los altos porcentajes de jueces y fiscales en situación de provisionalidad y el incumplimiento de algunos de los procedimientos legales y constitucionales en el proceso para su designación y destitución, así como por las injerencias del poder ejecutivo en las decisiones judiciales¹³⁰.

En este sentido, en Venezuela los jueces están cooptados por el poder político. Ese control se ejerce inicialmente por el Tribunal Supremo de Justicia que controla “...el nombramiento y juramento de los jueces”¹³¹, y por supuesto su

¹²⁹ **Artículo 259 de la CRBV:** La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; 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.

¹³⁰ Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “*Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*”, Washington, D.C., 2009, párrafo 184, consultado el 2 abril de 2018, disponible en web: < <http://www.cidh.org/countryrep/venezuela2009sp/VE09CAPIIISP.htm#III.A>> Esta situación se había advertido con anterioridad., ver Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “*Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela*”. Washington, D.C., 2003, párrafo 150, consultado el 2 abril de 2018, disponible en web: < <http://www.cidh.org/countryrep/Venezuela2003sp/cap.1.htm#B.>>.

¹³¹ **Artículo 255 de la CRBV:** El ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces o juezas se hará por concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los o las participantes y serán seleccionados o seleccionadas por los jurados de los circuitos judiciales, en la forma y condiciones que establezca la ley. El nombramiento y juramento de los jueces o juezas corresponde al Tribunal Supremo de Justicia. La ley garantizará la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces o juezas. Los jueces o juezas sólo podrán ser removidos o removidas o suspendidos o suspendidas de sus cargos mediante los procedimientos expresamente previstos en la ley.

La ley propenderá a la profesionalización de los jueces o juezas y las universidades colaborarán en este propósito, organizando en los estudios universitarios de Derecho la especialización judicial correspondiente.

remoción, mediante la coacción ilegítima que se aplica con la amenaza latente de suspensión y retiro, dado carácter provisorio y temporal de muchos cargos.

La obsecuencia de los jueces de lo contencioso tributarios con el Poder Ejecutivo y más concretamente con el partido de gobierno se observa en la **“...reticencia generalizada para ejercer la desaplicación de la ley al caso concreto como garantía de la supremacía de la Constitución, es deber del ciudadano, como justiciable, seguir luchando, creyendo en la justicia, para hacer realidad el *desideratum* Constitucional, de un Estado de Derecho y de Justicia”**¹³².

La condescendencia de los jueces tributarios con una distorsionada preferencia recaudatoria, llega a introducir la muy inconveniente denegación de justicia en innumerables sentencias de los Juzgados Superiores de lo Contencioso Tributario, que terminan por decir que “no hay materia sobre la cual decidir”¹³³, el abuso de la declaratoria de abandono del trámite por inactividad procesal, cuando son los propios jueces quienes paralizan las causas, o la convalidación de **“...la circunstancia permitida en el Código Orgánico Tributario de 2001, de que la Administración Tributaria pueda demandar en juicio ejecutivo el cumplimiento compulsivo de un acto administrativo que es objeto de un recurso contencioso tributario”**¹³⁴.

Una muestra más reciente de decisiones inconsecuentes con la moralidad tributaria de los jueces tributarios es la renuncia a la jurisdicción, esto es, la

Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificados, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

¹³² Cfr. BLANCO-URIBE Q., Alberto, “Los jueces tributarios y el control de constitucionalidad”, en *Estudios sobre Derecho Procesal Tributario vivo*, Colección Estudios Jurídicos No. 115, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, 241 p.

¹³³ Cfr. BLANCO-URIBE Q., Alberto, “Análisis crítico de jurisprudencia tributaria”, en *Estudios sobre Derecho Procesal Tributario vivo*, Colección Estudios Jurídicos No. 115, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, 455 p.

¹³⁴ Cfr. BLANCO-URIBE Q., Alberto, “Juicio ejecutivo o enrevesamiento jurídico. Violación Sistemática de Derechos Humanos”, en *Estudios sobre Derecho Procesal Tributario vivo*, Colección Estudios Jurídicos No. 115, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, 597 p. Este autor cita el caso de la sentencia No. 01782 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 15 de diciembre de 2011, (caso *Globovisión Tele, C.A. contra Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria –SENIAT-*, con ponencia de la Magistrada Trina Omaira Zurita), en la que, olvidando que si hay un recurso contencioso tributario no puede haber exigibilidad de la obligación demandada, se precisó que: “...en el contencioso tributario, la Administración Tributaria tiene la cualidad de acreedora del contribuyente, teniendo su título carácter de ejecutivo (Artículo 289 del COT de 2001), lo que la habilita a acudir a la vía ejecutiva o juicio ejecutivo regulado en los artículos 289 y siguientes del vigente Código Orgánico Tributario, pudiendo en todo caso el contribuyente levantar la medida que hubiere sido decretada, conforme a lo preceptuado en el artículo 299 *eiusdem*, según el cual: “(...) Las medidas decretadas podrán ser sustituidas a solicitud del interesado, por garantías que a juicio del Tribunal sean suficientes, y siempre que cumplan las formalidades previstas en el artículo 72 de este Código”.

competencia constitucional y convencional irreductible a favor de los jueces. El caso clínico lo representa la decisión de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia caso *Carbones del Guasare, S.A.*, del 17 de octubre de 2017¹³⁵, al señalar que del otorgamiento a la Administración Tributaria de **“...la competencia para iniciar e impulsar el <<Cobro Ejecutivo>> y todas sus incidencias, deriva consecuentemente la imposibilidad de los Jueces Contenciosos Tributarios de conocer y resolver las demandas de ejecución de créditos fiscales, en virtud de haber perdido sobrevenidamente la jurisdicción para tal fin, dada la derogatoria de las normas que les permitían decretar embargos ejecutivos y resolver las incidencias en dichos procedimientos”**; además, el Texto Orgánico Tributario de 2014 estableció en su artículo 346 que los **“(...) juicios ejecutivos que estuvieren pendientes para la fecha de [su] entrada en vigencia (...), en los Tribunales Superiores Contencioso Tributarios, serán remitidos a la Administración Tributaria, para su conclusión definitiva”** (agregado de este fallo). (*Vid.*, sentencias de esta Sala Político-Administrativa Nos. 00253 de fechas 14 de mayo de 2015, caso: *Aeropostal Alas de Venezuela, C.A.*, y 00675 del 10 de junio de 2015, caso: *Sucesión de María Concepción Gulias Barreiro*)¹³⁶.

Sin lugar a duda la mayor inmoralidad institucional asociada a la (in) justicia consiste en el monopolio de la validez jurídica que ejerce la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Este tribunal tal como está diseñado en la Constitución es incompatible con el Estado de Derecho, la separación de poderes y la democracia¹³⁷. El conjunto de potestades que se le han atribuido y las que se ha auto atribuido, implica una instancia estatal que reúne al mismo tiempo el poder legislativo, ejecutivo, judicial e incluso constituyente¹³⁸.

La Sala Constitucional se ha caracterizado desde su nacimiento, primero por la manipulación del texto de la Constitución al interpretarlo aprovechándose del

¹³⁵ Sentencia No. 1092 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 17 de octubre de 2017, caso: *Carbones del Guasare, S.A.*, consultado el 19 de mayo de 2018, disponible en web: < <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/203827-01092-171017-2017-2013-0983.HTML>>

¹³⁶ Sentencia No. 675 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 10 de junio de 2015, caso: *Sucesión de María Concepción Gulias Barreiro*, consultado el 5 de mayo de 2018, disponible en web: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/203827-01092-171017-2017-2013-0983.HTML>>

¹³⁷ *Cfr.* DELGADO, Francisco J, *Chavismo y derecho*, Editorial Galipán, Caracas, 2017, p. 138.

¹³⁸ BREWER-CARÍAS, Allan R. *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional (De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución)*, Colección Estudios Políticos No. 8, segunda edición, (Con prólogo de Francisco Fernández Segado), Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2015 p. 138; más recientemente *La consolidación de la tiranía judicial<el juez constitucional controlado por el poder ejecutivo asumiendo el poder absoluto>*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas-New York 2017, p. 35.

hecho de que la interpretación que hace no es impugnabile y, segundo, la utilización en provecho propio del carácter vinculante de sus decisiones. Así se ha dedicado al despojo de atribuciones de los demás órganos del Poder Público, particularmente de la Asamblea Nacional (creando un cerco político institucional¹³⁹), al servicio del Ejecutivo Nacional. Ha ejercitado funciones constituyentes, de revisión de cualquier sentencia incluso definitivamente firmes, decidido conflictos entre distintos poderes, ha designado autoridades, aprobado presupuestos, incluso decido recursos de inconstitucionalidad por omisión del poder legislativo, dictando normas como sé si tratara de un legislador “...llamando esta potestad con el nombre de <jurisdicción normativa>, lo cual es contradictorio en sí mismo”¹⁴⁰.

El autoritarismo judicial también ha tenido repercusiones en materia tributaria. Particularmente patética resultó la sentencia de la Sala Constitucional que reformó el artículo 31 de la LISR¹⁴¹, sin que mediara impugnación de dicha regla, de forma totalmente subrepticia, bajo el acomodaticio pretexto de que en su parecer la tributación de las personas naturales bajo relación de dependencia era excesiva e injusta. Bajo una argumentación acomodaticia (falaz¹⁴²), sin ningún tipo de prueba y sin razonamientos técnicos decidió reeditar la norma en cuestión con carácter vinculante. Una decisión muy criticada no solo por la usurpación del rango legal, sino por la sospechosa intención de los magistrados que la dictaron de beneficiarse estableciendo un criterio de conveniencia sobre el tratamiento tributario para sus remuneraciones como empleados¹⁴³.

¹³⁹ Cfr. CASAL H., Jesús M., *Asamblea nacional conquista democrática vs. Demolición autoritaria. <elementos de la argumentación y práctica judicial autoritaria de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia>*, Colección Visión Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2017, p. 213.

¹⁴⁰ *Ob. Cit.* No. 112, p. 136.

¹⁴¹ <caso *Adriana Vigilanza y Carlos Vecchio en acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la norma del artículo 67, 68, 69, 72, 74 y 79 del Decreto No. 307 con Rango y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta, publicado en la Gaceta Oficial No. 5.390 Extraordinario, de 22 de octubre de 1999*> en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/301-270207-01-2862.htm>. Ver nuestros comentarios y análisis de la sentencia No. 301/2007 de la Sala Constitucional, en “El *activismo judicial en la imposición de las personas naturales: Razones y emociones en la sentencia interpretativa de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre el artículo 31 de la Ley de impuesto sobre la renta*”, en *Conferencia dictada en la sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, del 5 de junio de 2007.

¹⁴² ABACHE C., Serviliano, *Sobre falacias, justicia constitucional y derecho tributario, del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: <más allá de la pesadilla y el noble sueño>*, Librería Álvaro y Nora, Caracas 2015, p. 22.

¹⁴³ ROMERO-MUCI, Humberto, Prólogo en Libro de ABACHE C., Serviliano, *Sobre falacias, justicia constitucional y derecho tributario, del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: <más allá de la pesadilla y el noble sueño>*, Librería Álvaro y Nora, Caracas 2015, p. 22.

IV. MORAL DEL CONTRIBUYENTE

Es innegable que **“las libertades privadas tienen costos públicos”** y que ese costo tiene que cubrirlos la sociedad mediante los impuestos y otras contribuciones¹⁴⁴. El costo de los derechos no solo plantea cuestiones de transparencia y responsabilidad democrática, sino también **“...nos lleva al corazón de la teoría moral, a problemas de ética distributiva y de justicia distributiva”**¹⁴⁵.

En Venezuela toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley¹⁴⁶. Obviamente, ese deber solo puede ser cumplido a cambio del respeto de los derechos constitucionales a contribuir conforme a Ley formal previa y cierta, sobre una capacidad económica efectiva, libre de discriminaciones, en forma razonable y proporcionada, bajo las garantías del debido proceso (*due process of law*).

Pero hay más. La tributación no es fin en sí misma. La tributación tiene como finalidad insoslayable el crecimiento económico y la elevación del nivel de vida de la población. Así lo ordena la propia Constitución en el citado artículo 316.

Ello supone que la tributación **(i)** lejos de asfixiar la iniciativa privada, debe protegerla, permitiendo el normal desarrollo de la actividad económica, **(ii)** convirtiéndose en un instrumento de distribución de la riqueza para compensar desigualdades a través del gasto social¹⁴⁷. El tributo como ingreso se legitima a través de la eficiencia del gasto público.

El tributo no puede cumplir su finalidad en una sociedad en la que el derecho de propiedad y la libertad económica han sido desmontados en desmedro de la producción interna, la capacidad industrial instalada, los servicios públicos¹⁴⁸ eficientes y los empleos estables.

¹⁴⁴ *Vid.*, HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass, *El costo de los derechos <porque la libertad depende de los impuestos>*, Colección derecho y política, Siglo XXI Editores, Buenos Aires 2011, p.

¹⁴⁵ *Ob. Cit.* No. 119, p. 246.

¹⁴⁶ **Artículo 133 de la CRBV**: Toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley.

¹⁴⁷ *Cfr.* FRAGA P., Luis J., *Principios Constitucionales de la tributación*, Colección Estudios Jurídicos No. 95, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, p. 142.

¹⁴⁸ Academia Nacional de la Ingeniería y el Hábitat se ha pronunciado reiteradamente sobre **“... el incumplimiento e inconsistencia de la planificación a mediano y largo plazo, la falta de opciones adecuadas frente a contingencia, el retraso en la construcción de obras de infraestructura y el equipamiento correspondiente, el mantenimiento insuficiente”**. *Vid.* Academia Nacional de la Ingeniería y el Hábitat, **“Pronunciamiento sobre la crisis del Servicio Eléctrico”**, consultado el 20 de mayo de 2018, disponible en web: <http://www.acading.org.ve/info/comunicacion/pubdocs/DECLARACIONES/pronunciamiento46_SOBRE_CRISIS_DEL_SERVICIO_ELECTRICO.pdf>.

Esto ha ocurrido en Venezuela durante los últimos 18 años. La deriva autoritaria ha desmantelado el Estado democrático y social de derecho y de justicia. Producto de su “...**progresiva desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización...**”¹⁴⁹, en su lugar y bajos sus despojos, se ha ensamblado un Estado totalitario, una dictadura totalitaria, que ha pasado a controlar todos los aspectos de la vida política, social y económica del país¹⁵⁰.

Se han instalado todo tipo de controles sobre la economía (control de cambio, control de precios, tasas de interés, importaciones, exportaciones, etc.), que solo han servido para crear más distorsiones, asfixiar la economía, generar inseguridad jurídica y una red clientelar y de corrupción entretejida por el *régimen y partido de gobierno*¹⁵¹. En definitiva, se ha puesto en pie todo tipo de leyes para imponer el modelo económico de un estado corporativo excluyente, con el fin de sustituir el sistema democrático de equilibrio económico.

Se han masificado las expropiaciones de bienes singulares para penalizar a sectores productivos e industriales o de servicios, o su utilización como un instrumento normal para la estatización de actividades económicas que no han sido constitucionalmente reservadas al Estado por carecer de interés público y estratégico, así como la práctica de ocupaciones anticipadas a los procedimientos expropiatorios mediante la utilización de fuerzas militares, que fomentan la inseguridad jurídica y ahuyentan las inversiones que supone un desarrollo armónico de la economía nacional¹⁵².

Paradójicamente, la destrucción de la economía y el colapso institucional del país ha sido financiada por el dispendio, el saqueo impune de los dineros públicos, potenciada por la hiper abundancia de recursos petroleros.

Para mayor distorsión se ha desmontado el sistema de control presupuestario y monetario y el control fiscal es usado como instrumento de persecución.

El BCV ha perdido su autonomía en desmedro del equilibrio socioeconómico del país. Ha perdido su facultad para administrar las reservas internacionales, obligándosele a financiar o convalidar políticas fiscales deficitarias o a otorgar

¹⁴⁹ Cfr. BREWER-CARIAS, Allan, *Estado totalitario y desprecio a la Ley <la desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela>*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, p. 19.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 20.

¹⁵¹ La Academia Nacional de Ciencias Económicas, “**La Academia Nacional de Ciencias Económicas se dirige a la Nación**”, consultado el 30 de abril de 2018, disponible en web: <<http://www.anhvenezuela.org.ve/novedades/noticias/la-academia-nacional-de-ciencias-economicas-se-dirige-a-la-nacion>>.

¹⁵² Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “**La reconstrucción institucional del país. Propuestas a la Nación de las Academias Nacionales**”, consultado el 18 de mayo de 2018, disponible en web: <<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/A-102.pdf>>.

créditos directos al Gobierno Nacional y de la Estatal Petrolera (PDVSA)¹⁵³. Esto ha degenerado en monstruosos déficits fiscales, endeudamiento externo e interno desproporcionado, emisión descontrolada de dinero inorgánico, pérdida del valor externo del bolívar y una inflación galopante que raya en 4 dígitos.

Se han creado presupuesto paralelos a la unidad del tesoro y los presupuestos del Estado han sido inconstitucionalmente aprobados por órganos distintos al Poder Legislativo¹⁵⁴, limitándose las funciones constitucionalmente asignadas a la Asamblea Nacional mediante actos judiciales del Tribunal Supremo de Justicia, en negación de la Democracia, con graves consecuencias a la economía nacional por ser la Ley de Presupuesto un elemento central de la política pública para la planificación y el desarrollo económico de cualquier país¹⁵⁵.

Finalmente, la Contraloría General de la República ha dejado de controlar la legalidad y regularidad de los gastos, ingresos y bienes públicos, dedicándose a perseguir a funcionarios disidentes mediante la imposición de inhabilitaciones administrativas con atípicos efectos definitivos, sin la intermediación de juez alguno¹⁵⁶.

En definitiva, en Venezuela se ejerce el poder *como no debe ser* para domeñar en tierra arrasada. Este es el objetivo declarado por el *régimen y partido*

¹⁵³ Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “**Opinión sobre el pedimento del Poder Ejecutivo Nacional al Banco Central de Venezuela para disponer, con propósitos de financiamiento del sistema agropecuario nacional, de 1000 millones de \$ de las reservas monetarias internacionales y otras formas de financiamiento, sin la contraprestación correspondiente en bolívares**”, consultado el 15 de mayo de 2018, disponible en web: <<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Opinion%20de%20la%20Academia%20sobre%20el%20Pedimento%20del%20Ejecutivo%20al%20BCV%20de%201000%20millones%20de%20dólares%20de%20las%20reservas%20monetarias%20internacionales.pdf>>.

¹⁵⁴ Artículo 313 de la Constitución: “**La administración económica y financiera del Estado se regirá por un presupuesto aprobado anualmente por ley. El Ejecutivo Nacional presentará a la Asamblea Nacional, en la oportunidad que señale la ley orgánica, el proyecto de Ley de Presupuesto. Si el Poder Ejecutivo, por cualquier causa, no hubiese presentado a la Asamblea Nacional el proyecto de ley de presupuesto dentro del plazo establecido legalmente, o el mismo fuera rechazado por éste, seguirá vigente el presupuesto del ejercicio fiscal en curso**”.

¹⁵⁵ Academias de Ciencias Políticas y Sociales, “**Pronunciamento acerca de la aprobación del presupuesto nacional para el año 2017, sin la intervención, por ley formal, de la asamblea nacional**”, consultado el 17 de mayo de 2018, disponible en web: <<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20Presupuesto%202017%20ACIENPOL.pdf>>.

¹⁵⁶ Además, la Contraloría ha negado el acceso a información de relevancia pública, como es la remuneración de los funcionarios públicos, y la Sala Constitucional del TSJ ha coonestado esta decisión amparando un irracional derecho a la intimidad de los funcionarios y desatendiendo el derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos y el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública. Sentencia No. 745 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 15 de julio de 2010 (Caso: *Asociación Civil Espacio Público*), consultada el 14 de mayo de 2018, disponible en web: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/745-15710-2010-09-1003.HTML>>.

de gobierno para perpetuarse en el poder mientras a sus anchas se multiplican a los pobres, para sembrar la desconfianza y el miedo al otro, para multiplicar la ignorancia y movilizar el patriotismo frente a un enemigo externo irreal, explotando el instinto tribal y de supervivencia de los seres humanos¹⁵⁷. Se trata de un régimen distópico que tiene al país y al mundo entero perplejo ante tan grotesca tragedia de destrucción y por su inexplicable grado de indolencia moral para malograr a la población. Esta profunda crisis, en palabras del Secretario General de la Organización de Estados Americanos, ha sido **“...incitada y sostenida por un Régimen que ha destruido sistemáticamente la democracia, el Estado de Derecho y el respeto por los derechos humanos, así como el aparato productivo económico”**.¹⁵⁸ De modo que todo lo que pretenda decirse sobre moralidad tributaria, debe partir irremediamente de la incontestable carencia de legitimidad moral del *régimen y partido de gobierno*.

Como ha podido comprobarse a lo largo de esta exposición, el régimen ha sometido al derecho a tensiones extremas¹⁵⁹ subestimando la necesidad que éste tiene de coherencia, de armonía interna, de generalidad, de estabilidad y de predictibilidad. El derecho se ha sometido a la conveniencia política, como un mero instrumento de dominación, violándolo, ignorándolo o interpretándolo falsamente. Así se ha disminuido su aptitud y eficacia como técnica de ordenación de conductas, de reducción y de solución del conflicto social. Esto se ha convertido en una práctica tan habitual que se traduce en una sustancial pérdida de reconocimiento espontáneo y de obediencia del derecho en vista de que no es posible ocultar ni justificar razonablemente semejante uso (o abuso) de lo jurídico¹⁶⁰.

En este contexto de regresión institucional el tributo no cumple ni puede cumplir su función ética. Su destino no es consistente con el bien común. Se ha desprestigiado y degenerado en otro instrumento más de control social, apalancado en la imperatividad de su forma jurídica y en la amenaza coactiva de la recaudación fiscal. Se ha utilizado como mecanismo de terror y persecución de la disidencia política y económica. Peor aún, lo recaudado es despilfarrado en bu-

¹⁵⁷ Academia Nacional de Ciencias Económicas, *“Pronunciamento de la Academia Nacional de Ciencias Económicas en La responsabilidad del gobierno en el deterioro de las condiciones de vida del venezolano”*, del 9 de mayo de 2018, consultado el 20 de mayo de 2018, disponible en web: < <http://ancevenezuela.org.ve/ance/pronunciamentos/la-responsabilidad-del-gobierno-en-el-deterioro-de-las-condiciones-de-vida-del-venezolano>>.

“...Continuar con políticas que avivan el alza desmedida de precios y destruyen las capacidades productivas de la nación condena a la población a niveles aún mayores de miseria, hambre y carencia de medicamentos, con muertes que pudieran evitarse de introducir los correctivos necesaria”.

¹⁵⁸ ALMAGRO, Luis., *“Crisis humanitaria en Venezuela - Palabras del Secretario General Luis Almagro en la Sesión Extraordinaria del Consejo Permanente”*, 30 de abril de 2018, consultada el 26 de mayo de 2018, disponible en web: <http://www.oas.org/es/acerca/discursos_secretario_general.asp?sCodigo=18-0046>

¹⁵⁹ Cfr. DELGADO, Francisco J, *Chavismo y derecho*, Editorial Galipán, Caracas, 2017, p. 48.

¹⁶⁰ *Ob. Cit.*, No. 135, p. 45.

rocracia bajo un marco de opacidad y no rendición de cuentas. Hay que recordar que la legitimidad de la contribución pasa por el modo en el que se emplea. “[S] **in equidad en el gasto no se puede hablar de justicia en el ingreso**”¹⁶¹. Por lo tanto, la aversión social a los impuestos es inocultable.

A la luz de cuanto hemos expuesto sobre la moralidad institucional, el Estado Fiscal se encuentra absolutamente deslegitimizado. En el Estado Total la institucionalidad tributaria se encuentra vaciada de contenido. El “impuesto es nada”¹⁶². Sencillamente el derecho y el tributario en particular no generan confianza.

¿Cómo justificar la imposición cuando se destruye la economía del país, cuando se genera hiperinflación, cuando se atropella al ciudadano para dominarlo, empobreciéndolo y envileciéndolo?

Incluso somos de la opinión que, en Venezuela se ha instalado un fenómeno extendido de anomia, descrito como aquella situación anómala que se presenta cuando ocurre un conflicto social que lleva a un sector a desconocer la legitimidad de la autoridad que dicta las normas en cuestión¹⁶³. En nuestro caso la causa de esta anomia deriva de la falta de legitimidad de origen y de ejercicio (funciones) del poder¹⁶⁴. El comportamiento anómico comienza por las élites políticas, ese *establishment* enquistado en el poder durante 18 años, que ha hecho su principal obsesión el desprecio superlativo al Derecho, a los principios democráticos y a las instituciones que los encarnan con el único propósito de mantenerse en el poder. Esa anomia ha permeado aguas abajo, convirtiéndose en un fenómeno generalizado. El poder no está investido de legitimidad democrática. Si el poder es ilegítimo el Derecho es injusto y el único elemento que preserva es la coacción, que tampoco es legítima. Se limita a la fuerza bruta, tal como la violencia de un grupo irregular armado o de la mafia. En todo caso, **“...conforme nos alejamos de la legitimidad democrática se debilitan o se pierden las razones de obediencia”**¹⁶⁵ al derecho.

¹⁶¹ Cfr. ROZAS V., José A., nota preliminar en GALLO, Franco, *Las razones del fisco<ética y justicia en los tributos>*, Marcial Pons, Madrid 2011, p. 17.

¹⁶² Como bien se ha dicho “<...cuando el Estado no es nada el impuesto no es nada>”, y “cuando el Estado lo es todo, el impuesto también es nada>”, Original de LUCIEN MEHL citado por PLAZAS VEGA, Mauricio, “El Sistema Tributario de la Democracia Liberal”, conferencia dictada en las XVI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, Caracas 30 de noviembre de 2017.

¹⁶³ NINO, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Udeba, Buenos Aires, 2005, p. 138, citado por Benbenaste, Narciso; Etchezahar, Edgardo; Del Río, Marta, “Psicología de la Anomia”, *Anuario de Investigaciones*, Volumen XV, Facultad de Psicología, Universidad de Buenos, p. 187-193.

¹⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 2. Teoría de la democracia, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alonso Ruiz Miguel, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 175-176.

¹⁶⁵ PECES-BARBA M., Gregorio; FERNÁNDEZ G., Eusebio; y DE ASÍS R., Agustín. *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2ª Edición, Madrid, 2000, p. 360.

En este contexto de deslegitimación del Estado fiscal los contribuyentes venezolanos tienen el derecho¹⁶⁶ a resistir para afirmar y restablecer el orden constitucional legítimo y los derechos humanos, al amparo del derecho consagrado en los artículos 333 y 350¹⁶⁷ de la Constitución.

CONCLUSIONES

1. La tributación solo se justifica éticamente cuando es efectivamente destinada al crecimiento económico y a la elevación del nivel de vida de la población.

2. La legitimidad del tributo se obtiene de la autoimposición, deriva del consenso democrático, se construye en un Estado de Derecho, con una efectiva separación y control recíproco de los órganos del Poder Público, en condiciones de transparencia, corresponsabilidad democrática y con un control judicial efectivo, independiente y objetivo de constitucionalidad y legalidad.

3. En Venezuela la Constitución de 1999 consagra un amplio catálogo de derechos para potenciar la ética tributaria, una muy completa ética juridificada. Sin embargo, esa declaración de valores no pasa de ser una positivación aparente, parte de una *fachada* sin eficacia, porque se sacrifican lo que es verdaderamente importante, esto es, la protección individual de los derechos fundamentales.

4. En este contexto de regresión institucional y poder ilegítimo, el tributo no cumple ni puede cumplir su función ética. Su destino no es consistente con el bien común. La casi totalidad de las formas de concreción del Derecho son injustas, no despiertan adhesión ni cooperación ciudadana, sino anomia y desconfianza.

5. El tributo y el Derecho se han desprestigiado y degenerado en instrumentos de control social, apalancados en la imperatividad de su forma jurídica y en la amenaza coactiva de la recaudación fiscal, la misma fuerza bruta con la que se mantiene un impuesto hiperinflacionario que desdice del más elemental sistema fiscal.

¹⁶⁶ *Cfr.* VITALE, Ermanno, *Defenderse del poder <por una resistencia constitucional>*, Editorial Trotta, Madrid 2012, p. 122.

¹⁶⁷ **Artículo 350 de la CRBV:** El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contrarie los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.

19. LA ANULACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO EN VENEZUELA. REFLEXIONES A PARTIR DE LA LEY ANTIBLOQUEO APROBADA POR LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

José Antonio MUCI BORJAS*

SECCIÓN I. INTRODUCCIÓN

En el marco de las actividades que adelanta la Asociación Mundial de Juristas (*World Jurist Association*) para reflexionar sobre el Estado de Derecho y su distorsión o falseamiento (*Distortion of the Rule of Law*) en Iberoamérica, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela decidió encomendarme la preparación de un ensayo en el que se pasara revista a algunas de las medidas estatales —con ropaje o fachada institucional, solo eso— que la oligarquía de turno ha venido adoptando a lo largo de los últimos años para (i) concentrar todo el Poder Público y, por vía de consecuencia, (ii) anular el principio constitucional de división de Poderes y (iii) acabar de manera encubierta con el Estado de Derecho. Al formularme dicho encargo, la Academia me solicitó que hiciese especial énfasis en la Ley antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente en octubre de 2020¹.

Atendiendo el encargo que me fuera confiado, las reflexiones que siguen versan sobre la Ley antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos y sus antecedentes, esto es, el conjunto de medidas estatales orquestadas e implementadas por la minoría gobernante a partir de 2015 para

* Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales venezolana (Sillón N° 27).

¹ *Gaceta Oficial de la República* N° 6.583 Extraordinario, del 12 de octubre de 2020.

desmantelar el Estado de Derecho y asegurar la impunidad de los autores de tales medidas.

SECCIÓN II. CRÓNICA DE LA ANULACIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL DE 2015

§1. La Asamblea Nacional electa en 2015

La oposición democrática venezolana ganó las elecciones legislativas celebradas durante el mes de diciembre del año 2015. Su victoria fue tan holgada que conquistó dos tercios (2/3) de los escaños de la Asamblea Nacional. En ejercicio de esa mayoría calificada la oposición podía aprobar leyes orgánicas e incluso proyectos de reforma constitucional². Por causa del tiempo que requería la válida sustanciación y decisión del procedimiento legal diseñado al efecto, era a la Asamblea Nacional recién electa a la que correspondía designar a los nuevos Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia. En síntesis, las implicaciones políticas del triunfo electoral de la oposición venezolana eran enormes.

§2. La elección de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia

Previendo los choques que se producirían entre la Asamblea Nacional recién elegida y los demás Poderes, controlados —estos últimos— por el partido político que había resultado perdidoso en las elecciones de 2015, la Asamblea Nacional saliente resolvió designar y juramentar atropelladamente a los Magistrados, principales y suplentes, del Tribunal Supremo de Justicia. La ilegítima decisión violentó las reglas que disciplinaban dichas designaciones³.

² Los artículos 203 y 343 de la Constitución (*Gaceta Oficial de la República* N° 5.908 Extraordinario, del 19 de febrero de 2009) establecen, respectivamente, que (i) «[s]on leyes orgánicas las que así denomina esta Constitución; las que se dicten para organizar los poderes públicos o para desarrollar los derechos constitucionales y las que sirvan de marco normativo a otras leyes», y que «[t]odo proyecto de ley orgánica, salvo aquel que esta Constitución califique como tal, será previamente admitido por la Asamblea Nacional, por el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes presentes antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de ley. Esta votación calificada se aplicará también para la modificación de las leyes orgánicas»; y, (ii) «[l]a iniciativa de Reforma Constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en la forma siguiente: 1. El Proyecto de Reforma Constitucional tendrá una primera discusión en el período de sesiones correspondiente a la presentación del mismo. 2. Una segunda discusión por Título o Capítulo, según fuere el caso. 3. Una tercera y última discusión artículo por artículo. 4. La Asamblea Nacional aprobará el proyecto de reforma constitucional en un plazo no mayor de dos años, contados a partir de la fecha en la cual conoció y aprobó la solicitud de reforma. 5. El proyecto de reforma se considerará aprobado con el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea Nacional».

³ Sobre la designación de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia consúltese el pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de fecha 10 de diciembre de 2015 (<https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/pronunciamiento-magistrados.pdf>).

Como veremos de seguida, esta fue la primera de una serie de decisiones que tenían por único objeto anular al Poder Legislativo recién electo, de manera que no pudiese obrar como contrapeso o contrapoder, capaz de enfrentar a quienes habían secuestrado y hecho suyos los restantes Poderes del Estado.

§3. La Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia

Para enervar la victoria opositora la oligarquía tomó otras iniciativas. Por su trascendencia, debe mencionarse la interposición de una demanda contencioso-administrativa de nulidad, conjuntamente con una solicitud de amparo constitucional, ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, por una diputada del partido político perdedor, cuestionando el resultado electoral en el Estado Amazonas. Con base en dicha demanda la Sala Electoral, integrada como estaba por los Magistrados que habían sido designados atropelladamente por la Asamblea Nacional saliente, decidió privar de sus escaños a los cuatro (4) Diputados elegidos por el Estado Amazonas⁴. Esa decisión, merece la pena observarlo, fue dictada sin que mediara contradictorio alguno.

Contrariando la susodicha decisión, que privaba a la mayoría opositora del quórum calificado ganado en las urnas, la Asamblea Nacional juramentó a todos los Diputados, incluidos aquellos que representaban al Estado Amazonas. La reacción del Poder no se hizo esperar: la Sala Electoral dictó una segunda decisión, a través de la cual (i) ordenaba a la Junta Directiva de la Asamblea Nacional revocar los actos de juramentación de los Diputados del Estado Amazonas y, complementariamente, (ii) declaraba absolutamente nulos los actos de la Asamblea Nacional «que se hayan dictado o se dictaren», hasta tanto se revocase los susodichos actos de juramentación⁵.

Por un conflicto referido a cuatro (4) Diputados y el pretendido “desacato” de lo ordenado en la decisión del 30 de diciembre de 2015, la Sala Electoral desconoció de un plumazo el derecho que asistía a todos y cada uno de los Diputados de la Asamblea Nacional —ciento sesenta y siete (167) en total— a desempeñar el cargo de representación popular para el cual habían sido elegidos mediante voto universal, directo y secreto, porque la inhabilitación resultante del susodicho desacato cancelaba todos los poderes del Legislativo, incluso aquellos, como la sanción de leyes ordinarias, para cuyo ejercicio no hubiesen sido determinantes (prueba de resistencia) los cuatro (4) votos del Estado Amazonas. Desde esta perspectiva, la desproporción de la medida judicial dictada sin fundamento legal es más que ostensible.

La Sala Electoral nunca pronunció una decisión de fondo. Mantuvo a los Diputados del Estado Amazonas separados de sus cargos durante todo su man-

⁴ Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 260, del 30 de diciembre de 2015, asunto *Nicia Marina Maldonado*.

⁵ Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 1, del 11 de enero de 2016, asunto *Nicia Marina Maldonado*.

dato⁶. Los efectos de su ilegítima decisión, anulatoria del Poder Legislativo, solo decayeron una vez que se produjeron nuevas elecciones legislativas cinco (5) años después.

Con este modo de obrar el tribunal garante del derecho a elegir y a ser elegido terminó fungiendo como el violador de los derechos fundamentales que estaba llamado a proteger.

§4. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, integrada —también ella— por los Magistrados designados atropelladamente en diciembre de 2015, hizo las veces de enterradora del Poder Legislativo controlado por la oposición democrática.

Por solo citar una de sus ilegítimas decisiones, en septiembre de 2016 la Sala Constitucional invocó las decisiones que habían sido previamente adoptadas por la Sala Electoral para declarar

«manifestamente inconstitucionales y, por ende, absolutamente nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica, [todos y cada uno de] los actos emanados de la Asamblea Nacional, incluyendo las leyes que sean sancionadas, mientras se mantenga el desacato a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia»⁷.

So pretexto del susodicho desacato, a instancia del Presidente de la República la Sala Constitucional incluso llegó a arrogarse el poder para aprobar el Presupuesto Nacional⁸, eliminando así el control parlamentario sobre un instrumento

⁶ La Sala Electoral dictó una decisión adicional en la que afirmó que todos los «actos o actuaciones» que llegare a dictar la Asamblea Nacional tras una nueva —i.e., una segunda— juramentación de los Diputados del Estado Amazonas, serían inválidos, inexistentes e ineficaces (Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 108, del 1° de agosto de 2016, asunto *Nicia Marina Maldonado*).

⁷ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 808, del 2 de septiembre de 2016, asunto *Presidente de la República*.

Para un estudio más pormenorizado de las diversas medidas adoptadas contra de la Asamblea Nacional electa en 2015 consúltese CASAL HERNÁNDEZ, JESÚS MARÍA, *Discurso de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* (<https://www.acienpol.org.ve/denumero/dr-jesus-maria-casal>); y, más recientemente, CASAL HERNÁNDEZ, JESÚS MARÍA, *Asamblea Nacional: conquista democrática vs. demolición autoritaria* (Elementos de la argumentación y práctica judicial autoritaria de la Sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2017. En la introducción de esta última obra (pp. 17-18) Casal Hernández afirma, cito: «la Sala Constitucional es un órgano formalmente judicial pero que carece de independencia e imparcialidad y se ha erigido en agente fundamental del desmantelamiento de la institucionalidad democrática [venezolana]. No es solamente un órgano que jamás decide en contra del Gobierno o de las instancias que políticamente lo sostienen, sino que, mediante sus sentencias y sus interpretaciones vinculantes, es factor capital de desconstitucionalización [*sic.*] y erosión democrática».

⁸ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 814, del 11 de octubre de 2016, asunto *Presidente de la República*.

que, en virtud de expresa disposición constitucional (*In claris non fit interpretatio*), tiene que ser aprobado mediante ley⁹. La usurpación de funciones de la Sala Constitucional fue, pues, ostensible.

§5. El Ejecutivo Nacional

Para sustituir a la Asamblea Nacional que seguía existiendo, pero solo en las formas, el Presidente de la República en Consejo de Ministros decretó el Estado de Excepción y Emergencia. A pesar de que la Constitución dispone que una declaratoria como esa, y los ingentes poderes normativos que de ella se derivan, solo puede tener una duración limitada «de hasta sesenta días, prorrogables por un plazo igual», el Ejecutivo Nacional prorrogó el plazo inicial —de sesenta (60) días— en más treinta (30) oportunidades, cada una de ellas por un plazo de sesenta (60) días¹⁰. Por causa de tales prórrogas, el Estado de Excepción y Emergencia

⁹ Según el artículo 187, numeral 6°, de la Constitución corresponde a la Asamblea Nacional «[d]iscutir y aprobar el presupuesto nacional y todo proyecto de ley concerniente al régimen tributario y al crédito público»

¹⁰ El artículo 338 de la Constitución establece que el estado de emergencia económica puede ser decretada por un plazo máximo de sesenta (60) días, prorrogables por un plazo igual. En abierta infracción de esa regla, el Estado de Excepción y Emergencia Económica que sirvió para anular a la Asamblea Nacional elegida en diciembre de 2015 (*Gaceta Oficial de la República* N° 6.214 Extraordinario, del 14 de enero de 2016; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.219 Extraordinario, del 11 de marzo de 2016; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.227 Extraordinario, del 13 de mayo de 2016; *Gaceta Oficial de la República* N° 40.942, del 12 de julio de 2016; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.256 Extraordinario, del 13 de septiembre de 2016; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.272 Extraordinario, del 13 de noviembre de 2016; *Gaceta Oficial de la República* N° 41.074 del 13 de enero de 2017; *Gaceta Oficial de la República* N° 41.112, del 13 de marzo de 2017; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.298 Extraordinario, del 13 de mayo de 2017; *Gaceta Oficial de la República* N° 41.192, del 13 de julio de 2017; *Gaceta Oficial de la República* N° 41.233, del 11 de septiembre de 2017; *Gaceta Oficial de la República* N° 41.276, del 10 de noviembre de 2017; *Gaceta Oficial de la República* N° 3.239 Extraordinario, del 9 de enero de 2018; *Gaceta Oficial de la República* N° 41.357, del 9 de marzo de 2018; *Gaceta Oficial de la República* N° 41.394, del 10 de mayo de 2018; *Gaceta Oficial de la República* N° 41.435, del 9 de julio de 2018; *Gaceta Oficial de la República* N° 41.485, del 19 de septiembre de 2018; *Gaceta Oficial de la República* N° 41.521, del 9 de noviembre de 2018; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.424 Extraordinario, del 11 de enero de 2019; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.433 Extraordinario, del 12 de marzo de 2019; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.456 Extraordinario, del 10 de mayo de 2019; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.464 Extraordinario, del 9 de julio de 2019; *Gaceta Oficial de la República* N° 3.980 Extraordinario, del 7 de septiembre de 2019; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.487 Extraordinario, del 6 de noviembre de 2019; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.501 Extraordinario, del 5 de enero de 2020; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.515 Extraordinario, del 5 de marzo de 2020; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.534 Extraordinario, del 4 de mayo de 2020; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.551 Extraordinario, del 2 de julio de 2020; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.568 Extraordinario del 30 de agosto de 2020; *Gaceta Oficial de la República* N° 6.587 Extraordinario, del 28 de octubre de 2020, *Gaceta Oficial de la República* N° 6.606 Extraordinario, del 26 de diciembre de 2020; y, *Gaceta Oficial de la República* N° 6.615 Extraordinario, del 23 de febrero de 2021).

seguía aún vigente —sin solución de continuidad— a inicios de 2021, esto es, más de cinco años después de haber sido decretado inicialmente¹¹.

Por su enorme trascendencia, en este apartado resulta necesario mencionar un dato adicional: ni el Decreto inicial ni ninguna de sus prórrogas pudo ser controlado por la Asamblea Nacional de acuerdo a lo previsto por la Constitución. Escaparon del control político que la Constitución encomienda al Poder Legislativo porque la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia también había despojado a la Asamblea de su competencia en esta materia, en abierta infracción de la Constitución¹².

§6. La Asamblea Nacional Constituyente

La minoría que había anulado a la Asamblea Nacional y tenía secuestrados los restantes Poderes Públicos convocó para la elección de una Asamblea Nacional Constituyente. La elección fue celebrada al margen de la Constitución¹³.

Más allá de la ilegitimidad del órgano, una Asamblea Nacional Constituyente tiene por única misión la redacción de una nueva Constitución¹⁴. Solo eso. Empero, en abierta infracción de la Constitución, la Asamblea Nacional Constituyente pretendió sustituir al Poder Legislativo aprobando multiplicidad de leyes y decretos normativos, a los que denominó “leyes constitucionales” y “decretos

¹¹ Sobre la ilegítima decisión judicial puede consultarse el pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del 25 de febrero de 2016 (<https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2016/04/Pronunciamiento-ACPS-control-parlamentario-de-los-decretos-de-estado-de-excepcion-1.pdf>)

¹² De acuerdo con el artículo 339 de la Constitución, «[e]l decreto que declare el estado de excepción, en el cual se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, será presentado, dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional, o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad. El decreto cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Presidente o Presidenta de la República podrá solicitar su prórroga por un plazo igual, y será revocado por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron».

¹³ Vid. La Academies de Ciencias Políticas y Sociales publicó diversos pronunciamientos sobre la ilegitimidad de la Asamblea Nacional Constituyente. Cabría invocar aquí, *inter alia*, los pronunciamientos de fechas 20 de junio y 15 de agosto de 2017, sobre (i) la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de las bases comiciales para la elección de la Asamblea Nacional Constituyente (<https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2017/07/Pronunciamiento-inconstitucionalidad-ANC.pdf>) y (ii) la ilegitimidad de la Asamblea Nacional Constituyente (<https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/2017-08-15-pronunciamiento-academias-ante-ilegitima-anc.pdf>), respectivamente.

¹⁴ De conformidad con el artículo 347 de la Constitución, «el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución».

constituyentes²¹⁵. Esos fueron sus únicos productos normativos, porque nunca discutió ni produjo una nueva Constitución.

Vista su actuación, la Asamblea Nacional Constituyente sirvió para terminar de vaciar al Poder Legislativo venezolano de toda sustancia, de todo contenido.

SECCIÓN III. LA LEY ANTIBLOQUEO

Retomemos el tema de la Asamblea Nacional Constituyente y pasemos revista a una de sus decisiones: la Ley antibloqueo para el desarrollo nacional y la

¹⁵ El listado de leyes constitucionales incluye, *inter alia*, (i) la Ley Constitucional de la Comisión para la Verdad, la Justicia, la Paz y la Tranquilidad Pública (*Gaceta Oficial de la República* N° 41.210, del 9 de agosto de 2017); (ii) la Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia (*Gaceta Oficial de la República* N° 41.276, del 10 de noviembre de 2017); (iii) la Ley Constitucional de Precios Acordados (*Gaceta Oficial de la República* N° 6.342 Extraordinario, del 22 de noviembre de 2017); (iv) la Ley Constitucional sobre la creación de la Unidad Tributaria Sancionatoria (*Gaceta Oficial de la República* N° 41.305, del 21 de diciembre de 2017); (v), la Ley Constitucional de Inversión Extranjera Productiva (*Gaceta Oficial de la República* N° 41.310, del 29 de diciembre de 2017); (vi) la Ley Constitucional del Régimen Tributario para el Desarrollo Soberano del Arco Minero (*Gaceta Oficial de la República* N° 41.310, del 29 de diciembre de 2017) (vii) la Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas (*Gaceta Oficial de la República* N° 41.318, del 11 de enero de 2018); (viii) la Ley Constitucional que crea el Impuesto a los Grandes Patrimonios (*Gaceta Oficial de la República* N° 41.696, del 16 de agosto de 2019); (ix) la Ley Constitucional de la Fuerza Armada Nacional (*Gaceta Oficial de la República* N° 6.508 Extraordinario, del 30 de enero de 2020); y, (x) Ley Constitucional Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos. El elenco de decretos constituyentes incluye, *inter alia*, (i) el Decreto Constituyente sobre Criptoactivos y la Criptomoneda Soberana Petro (*Gaceta Oficial de la República* N° 41.373, del 9 de abril de 2018); (ii) el Decreto Constituyente mediante el cual se establece la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos (*Gaceta Oficial de la República* N° 41.452, del 2 de agosto de 2018); (iii) el Decreto Constituyente mediante el cual se establece el Régimen Temporal de Pago de Anticipo del Impuesto al Valor Agregado e Impuesto Sobre la Renta para los Sujetos Pasivos Calificados como Especiales que se dediquen a realizar actividad económica distinta de la explotación de minas, hidrocarburos y de actividades conexas, y no sean perceptores de regalías derivadas de dichas explotaciones (*Gaceta Oficial de la República* N° 6.396 Extraordinario, del 21 de agosto de 2018); (iv) el Decreto Constituyente mediante el cual se reforma el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Impuesto a las Grandes Transacciones Financieras (*Gaceta Oficial de la República* N° 6.396 Extraordinario, del 21 de agosto de 2018); (v) el Decreto Constituyente de modificación de la ley constitucional de la Comisión para la Verdad, la Justicia, la Paz y la Tranquilidad (*Gaceta Oficial de la República* N° 41.667, del 3 de julio de 2019); (vi) el Decreto Constituyente que aprueba la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Económico Financiero 2020, la Ley Especial de Endeudamiento Anual para el Ejercicio Económico Financiero del Año 2020 y el Plan Operativo Anual para el Año 2020 (*Gaceta Oficial de la República* N° 41.782, del 16 de diciembre de 2019); (vii) el Decreto Constituyente de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Aduanas (*Gaceta Oficial de la República* N° 6.507 Extraordinario, del 29 de enero de 2020); (viii) el Decreto Constituyente mediante el cual se Reforma la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado (*Gaceta Oficial de la República* N° 6.507 Extraordinario, del 29 de enero de 2020); y, (ix) el Decreto Constituyente mediante el cual se dicta el Código Orgánico Tributario (*Gaceta Oficial de la República* N° 6.507 Extraordinario, del 29 de enero de 2020).

garantía de los derechos humanos. Al hacerlo, ignoremos el nombre que con el cual se designó a ese instrumento. Ignorémoslo, decía, porque para hacerle justicia a su “ley”, la Asamblea Nacional Constituyente debió haber escogido un título que más bien aludiese a los poderes dictatoriales —sí, de carácter dictatorial— concedidos a quien hace las veces de Presidente de la República con base en una elección —la presidencial— que ha sido objeto de condena tanto nacional como internacionalmente¹⁶.

§1. Brevísimas reflexiones sobre el acto y su autor

Un puñado de precisiones conceptuales resultan imprescindibles. Muy brevemente, el acto objeto de nuestros comentarios:

1. Fue aprobado por un órgano ilegítimo. La Asamblea Nacional Constituyente, merece la pena reiterar la idea, fue el resultado de una elección celebrada al margen de la Constitución¹⁷.

2. Fue aprobado por un órgano manifiestamente incompetente. Ciertamente, de acuerdo con nuestra Constitución, una Asamblea Nacional Constituyente tiene por única misión la redacción de una nueva constitución¹⁸. Únicamente eso.

3. No es una ley. Según la Constitución, la sanción de las leyes corresponde —en exclusiva— a la Asamblea Nacional¹⁹.

§2. La falta de correspondencia entre el articulado de la mal llamada Ley y los fines que esta declara perseguir

Así como es engañoso el título, también lo es su articulado.

Tomemos, *e.g.*, el artículo 3º de la mal llamada ley. En él se proclama que el instrumento tiene por finalidad «garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos del pueblo venezolano». Pero esa es una declaración hipócrita. Es hipócrita, insistimos, porque de seguida el artículo 37 de la mal llamada ley suprime el derecho a buscar y recibir información acerca de las actuaciones que el Ejecutivo Nacional realice con base en aquélla²⁰. La primera de las víctimas de la mal

¹⁶ *Vid.* Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre el Decreto Constituyente que convoca Elecciones para la Presidencia de la República, del 15 de febrero de 2018.

¹⁷ *Ut supra*, nota a pie de página Nº 13.

¹⁸ De conformidad con el artículo 347 de la Constitución, «el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución».

¹⁹ Según el artículo 202 de la Constitución, «la ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador. Las leyes que reúnan sistemáticamente las normas relativas a determinada materia se podrán denominar códigos».

²⁰ De acuerdo con el artículo 37 de la mal llamada Ley, «... se crea un régimen transitorio en materia de clasificación de documentos de contenido confidencial y secreto destinado a proteger y asegurar la efectividad de las decisiones tomadas por el Poder Público venezolano, en el marco de la protección del Estado contra las medidas coercitivas unilaterales y otras medidas

llamada ley es, pues, el derecho fundamental a la información, reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, invocado en el numeral 3º de la norma objeto de estos comentarios preliminares, que la mal llamada ley declara falsamente proteger.

Con estas breves reflexiones sobre el instrumento como telón de fondo, de seguida pasamos revista a la potestad que la mal llamada Ley concede al Ejecutivo Nacional para dejar de aplicar normas legales y reglamentarias a su sola discreción.

SECCIÓN IV. LA INAPLICACIÓN JUDICIAL DE NORMAS LEGALES Y REGLAMENTARIAS: ANTECEDENTES DE LA INSTITUCIÓN DE LA “INAPLICACIÓN” EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

En nuestro Derecho, la potestad para “inaplicar” normas legales y reglamentarias ha sido tradicionalmente reconocida a los tribunales de justicia. El término lo emplea el artículo 3º de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales²¹, regulador el recurso de amparo contra norma, que habilita al Poder Judicial para inaplicar normas que violen o amenacen con violar la Constitución. El artículo 3º reza textualmente así:

«También es procedente la acción de amparo, cuando la violación o amenaza de violación deriven de una norma que colida con la Constitución. En este caso, la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta deberá apreciar la inaplicación de la norma impugnada y el Juez informará a la Corte Suprema de Justicia acerca de la respectiva decisión. La acción de amparo también podrá ejercerse conjuntamente con la acción popular

restrictivas o punitivas». Los artículos 39, 40 y 41 eiusdem agregan respectivamente, que «las máximas autoridades de los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, central y descentralizada, por razones de interés y conveniencia nacional, podrán otorgar el carácter de reservado, confidencial o de divulgación limitada a cualquier expediente, documento, información, hecho o circunstancia, que en cumplimiento de sus funciones estén conociendo, en aplicación de esta Ley Constitucional. La calificación como reservado, confidencial o de divulgación limitada se hará por acto debidamente motivado, por tiempo determinado y con el fin último de garantizar la efectividad de las medidas destinadas a contrarrestar los efectos adversos de las medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas impuestas»; que «la documentación calificada como confidencial será archivada en cuerpos separados del o los expedientes y con mecanismos que aseguren su seguridad. Cada cuerpo separado que contenga documentación confidencial o reservada, deberá contener en su portada la advertencia correspondiente, expresando la restricción en el acceso y divulgación y las responsabilidades a que hubiera lugar para aquellos funcionarios o personas que puedan infringir el régimen respectivo»; y, que «se prohíbe el acceso a documentación que haya sido calificada como confidencial o reservada, así como tampoco podrán expedirse copias simples ni certificadas de la misma».

²¹ *Gaceta Oficial de la República* N° 34.060, del 27 de septiembre de 1988. Vid. Muci Borjas, José Antonio, *La excepción de ilegalidad en el Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 49-50.

de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos, en cuyo caso, la Corte Suprema de Justicia, si lo estima procedente para la protección constitucional, podrá suspender la aplicación de la norma respecto de la situación jurídica concreta cuya violación se alega, mientras dure el juicio de nulidad».

Aunque no emplean los vocablos inaplicar ni inaplicación, los artículos 334 de la Constitución y 20 del Código de Procedimiento Civil también confieren a los jueces poder para dejar de aplicar normas legales o reglamentarias cuando estas sean contrarias al Texto Fundamental. Los artículos 334 de la Constitución y 20 del Código de Procedimiento Civil establecen, respectivamente, (i) que en caso de incompatibilidad entre la Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales de la causa, aun de oficio, decidir lo conducente, y (ii) que cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los Jueces aplicarán esta última con preferencia. De acuerdo con los artículos 334 de la Constitución y 20 del Código de Procedimiento Civil, la potestad reconocida a los tribunales de la República para controlar las leyes y actos administrativos de efectos generales incidentalmente (*incidenter tantum*), a través del control difuso de constitucionalidad, debe ser ejercida en juicio contradictorio y es el resultado del ejercicio de función jurisdiccional.

La sentencia en virtud de la cual se desaplica una norma tiene carácter declarativo por lo que a esa desaplicación se refiere, pues el juez se limita a ignorar o desatender, en todo o en parte, el mandato legal contenido en la norma —legal o reglamentaria— cuya aplicación al caso sometido a su conocimiento no puede ser conciliada con la Constitución. El juez, dicho en otros términos, no se pronuncia sobre la validez abstracta de la norma; no la anula con efectos *erga omnes*, como ocurre en el control concentrado de la constitucionalidad, que suprime o priva de existencia a la norma impugnada de manera definitiva. Por el contrario, el pronunciamiento judicial tiene por único propósito desconocerle a la norma su eficacia para servir de fundamento a la decisión con la cual ha de zanjarse una controversia específica, habida consideración de su falta de idoneidad para servir de fundamento a una resolución judicial justa. A diferencia de la anulación, que incide directamente sobre la existencia misma del acto, normativo en este caso, pues lo borra o elimina del mundo del Derecho, la desaplicación solo incide sobre los efectos de dicho acto, sin cuestionar su supervivencia; y por causa de ese pronunciamiento en torno a la desaplicación, que solo tiene o produce efectos inter partes, el juez termina decidiendo —*tanquam non est*— con base en una regla de Derecho distinta a la desaplicada²².

²² Sobre el control difuso de constitucionalidad consúltense BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen VI (La jurisdicción contencioso-administrativa, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp.186-187; y, MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, *La excepción de ilegalidad en el Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 51-59.

Recapitulando, en nuestro Derecho la inaplicación de normas ha de darse en el marco de un procedimiento judicial y ha de ser el resultado del ejercicio de la función jurisdiccional por los jueces.

SECCIÓN V. LA INAPLICACIÓN EJECUTIVA DE NORMAS LEGALES Y REGLAMENTARIAS

§1. La inaplicación según la mal llamada ley

El artículo 19 de la mal llamada ley emplea el vocablo inaplicar. Pero el empleo de los vocablos inaplicar e inaplicación es lo único que tienen en común el artículo 19 de dicho instrumento, por una parte, y por la otra, las normas constitucionales y legales mencionadas con anterioridad (*ut supra*, Sección IV).

¿Qué contempla exactamente el artículo 19 de la mal llamada ley? ¿Cuáles son las singularidades del poder que la norma contempla? Veamos.

1. Primero, según el artículo 19 es el Ejecutivo Nacional quien puede ejercer el poder para inaplicar normas legales y reglamentarias.

En el Derecho venezolano el término o expresión Ejecutivo Nacional incluye, *inter alia*, a (i) el Presidente de la República, obrando individualmente o en Consejo de Ministros, (ii) el Vicepresidente de la República, (iii) los Ministros y (iv) el Procurador General de la República²³. Son estas, pues, las autoridades a las que se les reconoce potestad para dejar de obrar con sometimiento pleno a las leyes aprobadas por el Poder Legislativo.

2. Segundo, el poder para «inaplicar, para casos específicos[,] normas de rango legal o sublegal» puede ser ejercido cuando la observancia de tales normas «resulte imposible o contraproducente»²⁴.

²³ *Vid.* Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 2.724, del 18 de diciembre de 2001, asunto *Jhonny García et al.*; y, Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 142, del 28 de noviembre de 1988, asunto *Estrella Sobeida et al.*; y, BREWER-CARIAS, ALLAN RANDOLPH, *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, pp. 15–16.

²⁴ El artículo 19 establece textualmente lo siguiente: «Cuando resulte necesario para superar los obstáculos o compensar los daños que las medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas generan a la actividad administrativa, o cuando ello contribuya a la protección del patrimonio del Estado venezolano frente a cualquier acto de despojo o inmovilización, o a mitigar los efectos de las medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas que afectan el flujo de divisas, el Ejecutivo Nacional procederá a *inaplicar, para casos específicos, aquellas normas de rango legal o sublegal cuya aplicación resulte imposible o contraproducente* como consecuencia de los efectos producidos por una determinada medida coercitiva unilateral u otra medida restrictiva o punitiva». La regla del artículo 19 es complementada por los artículos 20 y 21 *eiusdem*, que establece, respectivamente, que «la inaplicación prevista en el artículo precedente se realizará previo informe técnico favorable emitido por los ministerios competentes en razón de la materia, en el cual sea concluyente que tal providencia es indispensable para la adecuada gestión macroeconómica, la protección e impulso de la economía nacional, la estabilidad del sistema productivo y financiero locales,

Por el contexto en que se emplean, con el vocablo “imposible” se alude a situaciones en que sea sumamente difícil cumplir con el mandato legal; con la voz “contraproducente” se hace referencia a los efectos perjudiciales que pueden derivarse de la observancia del deber legalmente impuesto.

A fin de cuentas, uno y otro término parecieran aludir a lo mismo: la inconveniencia del respeto —a juicio o criterio de la Administración— a lo mandado por las leyes.

3. Tercero, el poder atribuido por el artículo 19 puede ser empleado cuando (i) resulte necesario para superar los obstáculos o compensar los daños que las medidas, adoptadas por otros Estados, puedan estar generando a la actividad de la Administración Pública, (ii) ello contribuya a la protección del patrimonio del Estado venezolano o (iii) mitigue los efectos de las medidas, adoptadas por otros Estados, que afecten el flujo de divisas.

4. Cuarto, la inaplicación ha de hacerse «para casos específicos», o sea, para negocios jurídicos concreto, determinados.

Las circunstancias anotadas, particularmente las primeras tres, ponen de bulto que la inaplicación prevista por el artículo 19 es radicalmente distinta a la inaplicación contemplada por la Constitución y las leyes mencionadas por nosotros con anterioridad (*ut supra*, Sección IV).

§2. Juicio crítico sobre la “inaplicación” prevista en la mal llamada ley

La inaplicación prevista en el artículo 19 de la mal llamada ley constituye una barbaridad. Constituye, decía, una barbaridad, un verdadero despropósito, porque violenta reglas o principios básicos de nuestro sistema de Derecho.

Las reglas o principios que la mal llamada ley niega son tres, a saber: (i) la obligatoriedad y generalidad de las leyes, (ii) la división del Poder Público y (iii) la igualdad frente a la ley y en la aplicación de la ley. De seguida me explico.

A) *Las leyes sancionadas por el Poder Legislativo dejaron de ser obligatorias*

Como tuvimos oportunidad de señalar, la mal llamada ley habilita al Ejecutivo Nacional para inaplicar los mandatos normativos —contenidos en leyes y

la captación de inversión extranjera, sobre todo a gran escala, o la consecución de recursos para garantizar los derechos humanos del pueblo venezolano y el sistema de protección social estatal. El informe se elaborará bajo la coordinación y aprobación de la Vicepresidencia de la República y expondrá, además, cómo determinadas medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas, imposibilitan el accionar administrativo ordinario para el caso específico»; y, que «el Ejecutivo Nacional procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 19 de esta Ley Constitucional, solo cuando se trate de la implementación de las medidas para el equilibrio económico y productivo indicadas en este capítulo. En ningún caso podrán inaplicarse normas relativas al ejercicio de derechos humanos, ni aquellas relativas a la división del Poder Público que no correspondan a potestades aprobatorias o autorizatorias».

reglamentos— que comporten limitaciones a la actuación de la Administración. ¿En qué se traduce ese poder? La respuesta es simple: es el destinatario de la norma legal o reglamentaria —sí, su destinatario— quien decide si observa o desatiende su mandato. A partir de la entrada en vigor de la mal llamada ley solo mantienen todo su vigor las leyes y reglamentos que, en criterio del Ejecutivo Nacional, convenga observar. En palabras llanas:

1. Para el Ejecutivo Nacional las leyes sancionadas por el Poder Legislativo dejan de ser obligatorias.

2. Al dejar de ser obligatorias, desaparece la supremacía de las leyes sancionadas por el Poder Legislativo, pues el Ejecutivo Nacional ya no se halla en el deber de obrar con «...sometimiento pleno a la[s] ley[es]...» aprobadas por el Parlamento, como ordena el artículo 141 de la Constitución²⁵.

3. Desaparece también el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos establecido por el artículo 13 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos²⁶, porque el Ejecutivo queda habilitado para obrar en contra de lo dispuesto por un reglamento.

Permítanme que recurra a un ejemplo para explicarme mejor. En materias como la contratación de bienes y servicios²⁷ la observancia de (i) los procesos previstos en la Ley de Contrataciones Públicas²⁸, «de obligatorio cumplimiento» de acuerdo con el artículo 1° de dicha ley, y (ii) los principios de transparencia y publicidad²⁹ que informan la actuación contractual de la Administración Pública venezolana, quedan sometidos —por así decirlo— a una condición puramente potestativa, ya que tales procesos y principios serán observados en la medida en que el Ejecutivo decida que su cumplimiento no resulta inconveniente.

²⁵ A tenor del 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».

²⁶ *Gaceta Oficial de la República* N° 2.818 Extraordinario, del 1° de julio de 1981.

²⁷ El artículo 28 (Mecanismos de contratación) establece: «Con el objeto de contrarrestar el impacto de las medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas, *el Ejecutivo Nacional diseñará e implementará mecanismos excepcionales de contratación, compra y pago de bienes y servicios*, preferentemente de producción nacional, destinados a: 1. La satisfacción de los derechos fundamentales a la vida, la salud y la alimentación. 2. La generación de ingresos, consecución de divisas y la movilización internacional de las mismas. 3. La normal gestión de las entidades objeto de las medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas que motivan esta Ley Constitucional. 4. La sustitución selectiva de importaciones. Los mecanismos previstos en este artículo deberán ser elaborados en resolución conjunta por los Ministerios con competencia en materia de economía, finanzas, comercio exterior, planificación y comercio nacional. La vigencia de dichos mecanismos estará sujeta a la vigencia de esta Ley Constitucional».

²⁸ Artículo 1° (*Gaceta Oficial de la República* N° 6.154 Extraordinario, del 19 de noviembre de 2014).

²⁹ Artículo 3° de la Ley de Contrataciones Públicas.

Recapitulando, la observancia de las leyes depende de la sola voluntad de los órganos ejecutivos que se hallan en el deber de respetarla. La potestad para inaplicar normas produce ese aberrante efecto. De allí el título —El Estado soy yo (*L'État, c'est moi*)— que decidimos darle a la Conferencia pronunciada el día 26 de noviembre de 2020 en el marco del Foro, organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, intitulado Ilegitimidad de la llamada ley anti-bloqueo³⁰, porque esa frase, atribuida al Rey Luis XIV de Francia (El Rey Sol), subraya que la mal llamada ley reconoce al Ejecutivo Nacional primacía sobre las leyes sancionadas por el Parlamento.

B) *Las leyes dejaron de ser generales*

La inaplicación le permite al Ejecutivo Nacional ignorar las normas limitativas o prohibitivas de una determinada conducta en «casos específicos» y decidir sin las ataduras que tales normas imponían a su actuación.

La norma o normas que pierden eficacia por causa de su inaplicación ejecutiva se ven sustituidas o reemplazadas por otra u otras y, con ello, surge un régimen legal nuevo permisivo de una conducta, otrora prohibida por la ley.

El régimen jurídico resultante de la inaplicación «para casos específicos» *ex* artículo 19 de la mal llamada ley es, por definición, un régimen especial: se configura sobre la base de las singularidades del negocio jurídico que el Ejecutivo Nacional se dispone a celebrar. La creación de regímenes jurídicos particulares, esto es, de marcos normativos *ad-hoc*, adaptados, *inter alia*, a las exigencias de sus distintas contrapartes contractuales, permite —ese es su efecto— que puedan haber o surgir tantos regímenes jurídicos como contrapartes contractuales.

En síntesis, el poder para inaplicar las normas legales y reglamentarias, inconvenientes —por sus limitaciones al ejercicio del Poder Público— permite la confección de trajes a la medida y, por tanto, el quiebre del principio de acuerdo con el cual la ley ha de ser general³¹ para todos.

C) *La minusvalía del principio constitucional de división del Poder Público*

Desde una perspectiva distinta, el poder para inaplicar leyes por causa de su inconveniencia convierte al Ejecutivo Nacional en una suerte de legislador negativo, habilitado para desechar o descartar normas vigente— sin procedimiento alguno, dicho sea de paso, en abierta contradicción con lo dispuesto por el artícu-

³⁰ Muci Borjas, José Antonio, “El Estado soy yo” (La encubierta abolición del principio constitucional de división del Poder Público por obra de la Asamblea Nacional Constituyente), Boletín de la Academias de Ciencias Políticas y Sociales N° 161, julio-diciembre 2020, Caracas.

³¹ Sobre el principio de generalidad de la ley consúltese MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, *Potestad Reglamentaria y Reglamento*, coedición de la Editorial Jurídica Venezolana y de la Academias de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2017, Pp. 104-105.

lo 49 de la Constitución³²—, so pretexto de los efectos —inconvenientes— que tales normas producen, y al hacerlo permite que sea el Ejecutivo quien termine de conformar el marco normativo o régimen jurídico que ha de aplicarse a los negocios jurídicos que él decida celebrar.

En esa condición de legislador negativo, el Ejecutivo Nacional puede invadir —a discreción— la reserva legal y privar de efectos las normas legales, orgánicas u ordinarias, limitativas de su actuación.

Recapitulando, la mal llamada ley (i) habilita al Presidente de la República, al Vicepresidente de la República y a los Ministros para rivalizar *sine die* con el Poder Legislativo y su producto: las leyes; y, (ii) al hacerlo, desdibuja —y hace que pierda sus contornos definitorios— el principio de división del Poder Público; principio fundamental —valga la redundancia— del sistema de gobierno previsto en la Constitución de 1999.

D) El derecho fundamental a la igualdad —a la igualdad frente a la ley y en la aplicación de la ley— no obliga al Ejecutivo Nacional

Como tuvimos oportunidad de destacar, las leyes que debían ser observadas, pero en lugar de ello sean inaplicadas «para casos específicos» por sus efectos adversos, dejan de ser generales para todos. Dicho esto, interesa destacar aquí que al dejar de ser generales nuestras leyes, desaparece —he aquí el corolario— el derecho a la igualdad frente a la ley y en la aplicación de la ley.

En efecto, el poder para confeccionar trajes a la medida, solo aplicables a un negocio jurídico o a contados negocios jurídicos —*e.g.*, los celebrados con algunas empresas o inversionistas extranjeros, no así los celebrados con empresas o inversionistas nacionales— y no, como manda el principio de generalidad, a todos los que se hallen en el supuesto de hecho normativo de la norma, violenta el derecho fundamental a la igualdad garantizado por el artículo 21 de la Constitución.

SECCIÓN VI. EL SECRETO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA Y SUS CONSECUENCIAS

Una reflexión final luce pertinente: la mal llamada ley, aprobada por la estereótea Asamblea Nacional Constituyente, agravaba la situación creada por el Estado de Excepción y Emergencia económica en vigor desde 2017. Mientras en este, aludimos al Estado de Excepción y Emergencia Económica, las modificaciones introducidas al ordenamiento jurídico venezolano eran objeto de publicación en la Gaceta Oficial de la República, las modificaciones introducidas mediante la

³² El encabezamiento del artículo 49 de la Constitución dispone que «[e]l debido proceso se aplicará a todas las actuaciones [...] administrativas», sin excepciones.

“inaplicación” de normas legales y reglamentarias serán desconocidas por la ciudadanía por el secreto que rodeará tales modificaciones³³.

El derecho fundamental al Derecho —a su publicidad y, por ende, a su certeza— es otra más de las víctimas, seguramente la más importante, de la mal llamada ley.

SECCIÓN VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

En Venezuela, duele reconocerlo, el Estado de Derecho es cosa del pasado.

La elección de una nueva Asamblea Nacional a finales de 2020 no sirvió para remediar la gravísima crisis institucional del Estado producto de la asfixiante concentración de poderes en manos del Ejecutivo y su brazo ejecutor: la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. La crisis institucional perdura por diversas circunstancias, entre las cuales cabe destacar:

1. Primero, porque durante 2020 la Sala Constitucional se arrogó el poder para designar a los directivos del Poder Electoral. La designación de los árbitros electorales por quien carecía de competencia para ello, y la resultante falta de confianza en ellos, signó estas nuevas elecciones.

2. Segundo, para minar aún más la confianza del electorado, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo se arrogó el poder para (i) “intervenir” a los partidos políticos de oposición, (ii) designarle nuevos directivos a los partidos intervenidos y (iii) entregarle la tarjeta electoral de los partidos intervenidos a los directivos que la propia Sala Constitucional.

Sin árbitros creíbles ni partidos políticos de oposición, en suma, sin derechos políticos plenos, las elecciones parlamentarias de 2020 no eran idóneas para remediar la crisis.

Fort Lauderdale (Florida), 27 de mayo de 2021.

³³ Esa grave limitación al derecho a la información no puede conciliado con la letra ni con el espíritu del artículo 337 de la Constitución, que prohíbe la restricción de ese derecho incluso durante un Estado de Excepción.

20. POPULISMO, CONTROLES DE CAMBIOS Y DE PRECIOS, Y NACIONALIZACIÓN Y ESTATIZACIÓN

Carlos Eduardo ACEDO SUCRE*

Venezuela es un paradigma del populismo del siglo XXI, pues el chavismo está en el poder desde fines del siglo XX; incide sobre los gobiernos de Nicaragua y Bolivia, e incidió sobre los de Argentina y Ecuador; ha influido en la política de países como España (Partido Podemos); y ha sostenido económicamente el régimen cubano. Hugo Chávez era tan carismático que, antes de fallecer, impuso como sucesor, en la Presidencia de Venezuela, a Nicolás Maduro.

El populismo sirve para llegar al poder y luego para conservarlo. La democracia debe defenderse del populismo, que puede debilitarla o destruirla. Los controles y equilibrios de la democracia deben ser fortalecidos para contrarrestar al populismo; pero ciertas políticas económicas, cuya génesis está en la izquierda tradicional, debilitan esos controles y equilibrios.

I) VULNERABILIDAD DE LA DEMOCRACIA FRENTE AL POPULISMO

El populismo tiene numerosos vicios, que, paradójicamente, son su fortaleza, pues son un factor que debilita los controles y equilibrios de la democracia.

A) *Vicios del populismo*

Hay que entender estos vicios, para contrarrestar el populismo. Los vicios del populismo, en el caso de Venezuela, presentan peculiaridades.

* Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello; Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Sillón N° 12).

a) *Características generales*

Los vicios del populismo no son novedosos. El principal es la demagogia, que es un concepto que viene de Grecia Antigua; se trata de una “*Degeneración de la democracia, consistente en que los políticos, mediante concesiones y halagos a los sentimientos elementales de los ciudadanos, tratan de conseguir o mantener el poder*”.¹

Por ende, otro vicio es la inmoralidad de los dirigentes populistas, prontos a mentir.

El populismo extremista, sobre todo el de izquierda, suele exhibir otros vicios, que estaban presentes en los sistemas totalitarios del siglo pasado. El fascismo, incluyendo el nazismo, tiene su inspiración en ideas socialistas, que privilegiaban lo colectivo sobre lo individual y le otorgan al Estado un rol en el manejo económico. No es casualidad que el nazismo se llamara Nacional-Socialismo, ni que Mussolini haya afirmado que el fascismo “*no es antitético, sino más bien convergente con el programa socialista*”.² El historiador Norman Davies estima que hay muchos puntos en común entre el fascismo, incluyendo el nazismo, y el comunismo, que resumimos así: (i) ideología con elementos nacionalistas y socialistas; (ii) fines utópicos, adoctrinamiento; (iii) pretendido basamento científico; (iv) sujeción del Estado al partido de gobierno; (v) obediencia sin discusión, culto a la personalidad; (vi) gansterismo; (vii) crecimiento de la burocracia; (viii) propaganda moderna, mentirosa y masiva; (ix) promoción de arte oficial; (x) auto-justificación basada en la existencia de enemigos; (xi) siembra de odio; (xii) censura, información oficial falsa; (xiii) genocidio, coerción; (xiv) colectivismo, uniformización; (xv) militarismo; (xvi) afirmación de valores supuestamente universales; (xvii) desprecio hacia la democracia representativa; y (xviii) el fin justifica los medios.³

La demagogia, más la inmoralidad, más los dieciocho puntos enumerados, suman veinte vicios del populismo extremo. Estos veinte vicios forman parte del pensamiento y manera de ser de los líderes populistas radicales.

Esos veinte vicios han estado presentes en los líderes chavistas. El resultado es que el régimen chavista puede ser catalogado como una organización delictiva. De hecho, el Informe del año 2017 sobre la Situación de Derechos Humanos en Venezuela, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, trata detalladamente el “*Uso abusivo de la fuerza*” por el gobierno en las protestas sociales, que ha resultado en numerosos muertos y heridos; y las “*Detenciones arbitrarias, actos de tortura y violencia sexual en el marco de protestas sociales*”.⁴ Esto fue corroborado el 29 de mayo de 2018 por el Informe de la Secretaría

¹ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española.

² Cita frecuente de Mussolini, atribuida al Diario della Volontà del 19 de agosto de 1921.

³ Davies, Norman: Europe, A History, Londres, 1997, páginas 945 a 948.

⁴ Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>

General de la OEA sobre la Posible Comisión de Crímenes de Lesa Humanidad en Venezuela.⁵ Además, el Secretario General de la OEA, en su Informe Anual correspondiente al año 2019, aludió a que *“Se han eliminado por completo los derechos civiles y políticos. Los líderes políticos y los miembros de la sociedad civil son blanco frecuente de las amenazas del régimen, de la violencia, detenciones arbitrarias, tortura y muerte. Las fuerzas de seguridad del régimen persiguen sistemáticamente a todo individuo que no le obedezca. El sistema judicial sirve sólo a los intereses del Ejecutivo, garantizándole amplios poderes a Maduro, anulando la autoridad constitucional del parlamento, y persiguiendo a individuos y grupos críticos del régimen”*.⁶ El Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en su informe fechado 15 de septiembre de 2020, contentivo de las Conclusiones detalladas de la Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, afirmó que se perpetraron *“crímenes de lesa humanidad”*, porque *“la mayoría”* de los crímenes documentados en dicho informe fue cometida *“en el marco de un ataque generalizado y sistemático dirigido contra una población civil..., de conformidad con una política estatal o en apoyo de ella”*, y señaló que *“Estos crímenes incluyen”*: (i) *“encarcelamiento y otras privaciones graves de la libertad física en violación de las normas fundamentales del derecho internacional, los actos de tortura, violación y otras formas de violencia sexual, y otros actos inhumanos de carácter similar”*; (ii) *“asesinatos (denominados ejecuciones arbitrarias y extrajudiciales...), el encarcelamiento y otras privaciones graves de la libertad física en violación de las normas fundamentales del derecho internacional, las desapariciones forzadas, los actos de tortura y otros actos inhumanos de carácter similar, cometidos contra miembros de la población civil en el contexto de operaciones de seguridad o control social”*; (iii) *“Una política para silenciar, desalentar y sofocar la oposición al Gobierno del Presidente Maduro”*; y (iv) *“Una política para combatir la delincuencia, incluida la eliminación de las personas percibidas como “delincuentes” mediante la ejecución extrajudicial”*.⁷ De hecho, hay presos políticos frecuentemente torturados,⁸ en un sistema que ha sido llamado de *puerta giratoria*, pues el gobierno suele liberar a unos presos políticos para encarcelar a otros; los partidos de oposición más relevantes fueron ilegalizados;⁹

⁵ Disponible en: <http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe-Panel-Independiente-Venezuela-ES.pdf>

⁶ Página 10 de dicho informe, que está disponible en: http://www.oas.org/es/centro_informacion/informe_anual.asp

⁷ Páginas 434 y 435 de dicho informe, que está disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf

⁸ Véase, por ejemplo, el pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y otras Academias del 18 de junio de 2018: <https://www.acienpol.org.ve/pronunciamientos/las-academias-nacionales-a-la-opinion-publica-sobre-presos-de-conciencia-y-torturas/>

⁹ Principalmente, Primero Justicia y Voluntad Popular.

sus líderes principales fueron detenidos,¹⁰ o están exiliados,¹¹ inhabilitados;¹² y varios candidatos electos fueron privados de su cargo,¹³ o de sus atribuciones.¹⁴

b) *Particularidades de Venezuela*

Varios vicios del populismo extremo muestran peculiaridades en Venezuela: (i) Pretendido basamento científico: Reescritura de la historia para justificar teorías chavistas. (ii) Gansterismo: Alianza del gobierno con grupos guerrilleros colombianos que ahora hacen vida en Venezuela, y con las mafias de las drogas, los secuestros, el contrabando, el tráfico con sobreprecio de bienes escasos de consumo masivo, y el mercado negro de gasolina, gas doméstico y vacunas contra covid-19. Promoción de grupos paramilitares para reprimir protestas; invadir industrias, comercios y viviendas; y asesinar, herir e intimidar disidentes.¹⁵ (iii) Promoción de arte oficial: Estética chavista de escaso valor artístico.¹⁶ (iv) Genocidio y coerción: Asesinatos y agresiones con fin político, imputación a opositores de crímenes inventados, campañas de descrédito contra sectores sociales y arrestos de manifestantes y disidentes. Listas de individuos que votan contra el gobierno, a los que amenaza por los medios, niega beneficios sociales, prohíbe entrar a ciertas oficinas y cierra el acceso a cargos.¹⁷ Presión a empleados y dependientes del gobierno para que lo apoyen.¹⁸ (v) Colectivismo y uniformiza-

¹⁰ Principalmente, Leopoldo López, fundador de Voluntad Popular y uno de los líderes más importantes de la oposición, privado de su libertad desde el año 2014 hasta el año 2019, y actualmente escapado a España.

¹¹ Principalmente, Julio Borges, de Primero Justicia, ex-presidente de la Asamblea Nacional, quien huyó al exterior, y actualmente es canciller del gobierno paralelo de Juan Guaidó, presidente de la Asamblea Nacional legítima, suplantada por una Asamblea Nacional designada a raíz de un proceso electoral irrito.

¹² Principalmente, Henrique Capriles, dos veces candidato presidencial apoyado por toda la oposición.

¹³ Principalmente, la Diputada María Corina Machado, el Gobernador Juan P. Guanipa del Estado Zulia y el Alcalde de Caracas Antonio Ledezma.

¹⁴ Principalmente, todos los diputados de la Asamblea Nacional legítima, cuyas atribuciones fueron disminuidas por el Tribunal Supremo de Justicia y usurpadas por la Asamblea Nacional Constituyente, hasta que la Asamblea Nacional legítima fue suplantada por una Asamblea Nacional designada a raíz de un proceso electoral irrito.

¹⁵ Los mal llamados “colectivos” son tratados en el citado Informe de la Secretaría General de la OEA sobre la Posible Comisión de Crímenes de Lesa Humanidad en Venezuela.

¹⁶ Paredes exteriores pintarrajeadas con fin de propaganda y feos monumentos a los héroes del chavismo.

¹⁷ Por ejemplo, la Lista Tascón. Véase Una Década de Chávez, por Human Rights Watch, disponible en: <https://www.hrw.org/es/report/2008/09/18/una-decada-de-chavez/intolerancia-politica-y-oportunidades-perdidas-para-el>

¹⁸ Por ejemplo, en una reunión de trabajadores de la compañía petrolera estatal, PDVSA, su entonces presidente, Rafael Ramírez, dijo que ésta es “roja, rojita”, exigiendo adhesión al chavismo. Eso ha sido repetido por Chávez y sus seguidores, refiriéndose a los empleados de todo el sector público. Esto fue tratado por Human Rights Watch, en su citado informe Una Década de Chávez.

ción: Rechazo del individualismo por los dignatarios chavistas, al punto que no reconocen a quien piense distinto, organizan eventos frecuentes donde repiten las mismas consignas y suelen vestirse igual, con camisas, chaquetas o corbatas rojas. Imposición de uniforme rojo por numerosos entes públicos. Uso de camisa roja por muchos seguidores del chavismo. (vi) Militarismo: Ascensión de los militares, incluso activos, al poder (Chávez –el “Comandante-Presidente”– era militar, así como buena parte de sus colaboradores y los de Maduro, que a veces se viste parecido a los militares, sin serlo); frecuentes desfiles y otros actos militares, televisados y glorificados; compra sin control de armas; uso de las fuerzas armadas para reprimir las protestas; y burocracia militar enorme, omnipresente, ineficiente, intolerante y cuestionada por corrupción. (vii) Desprecio hacia la democracia representativa: Deseo de aprovechar el prestigio de la democracia, a pesar de menospreciarla. (a) Los comunistas –en un giro orwelliano– acuñaron, a mediados del siglo pasado, la expresión “*democracia popular*”, para bendecir sus autocracias con una palabra reputada, vaciándola de contenido. Luego, los populistas impusieron las expresiones “*democracia participativa*” y “*democracia protagónica*”, igualmente vacías, que el chavismo llevó a la Constitución del año 1999.¹⁹ (b) Esta Constitución debilitó la democracia venezolana.²⁰ (c) Desde 1999, ha habido elecciones frecuentes, pero el sistema electoral carece de credibilidad.²¹

Otra particularidad de Venezuela es que muchos dirigentes chavistas tienen un nivel educativo muy bajo, y no entienden ni saben resolver los problemas; a lo que se añade una corrupción extrema,²² que equivale a un saqueo. En todo esto, el parámetro de comparación no son los regímenes mussoliniano, hitleriano

¹⁹ La exposición de motivos de la Constitución dice que uno de sus objetivos es el “*tránsito de la democracia representativa a una democracia participativa y protagónica*”.

²⁰ El 10 de mayo de 2002, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirmó que la Constitución del año 1999 suprimió ciertas disposiciones constitucionales que son importantes para el estado derecho e incluyó varios elementos que afectan la observancia efectiva del estado de derecho, con el resultado de que los mecanismos constitucionales no establecen, en situaciones importantes, los controles y equilibrios necesarios para limitar el ejercicio de la autoridad pública y para garantizar los derechos humanos.

²¹ Véase el pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del 3 de marzo de 2018: http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/ACPS_Dictamen%20independencia%20e%20imparcialidad%20CNE_garant%C3%ADas%20electorales.pdf Véase también el pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y otras Academias del 1º de octubre de 2020: <https://www.acienpol.org.ve/pronunciamentos/pronunciamento-de-las-academias-nacionales-en-rechazo-a-la-convocatoria-a-las-elecciones-parlamentarias-2020/> Véase finalmente el pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y la Academia Nacional de Medicina del 3 de diciembre de 2020: <https://www.acienpol.org.ve/pronunciamentos/pronunciamento-ante-las-pretendidas-elecciones-parlamentarias-para-el-6-de-diciembre-2020/>

²² Venezuela ocupa el lugar número 169 en el Índice de Percepción de la Corrupción 2017 de Transparencia Internacional, disponible en: https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2018/02/tabla_sintetica_ipc-2017.pdf

o estaliniano, sino la invasión de los bárbaros al Imperio Romano, con la consiguiente destrucción institucional, social, económica y de los servicios públicos e infraestructura.

B) Debilitamiento de los controles y equilibrios de la democracia liberal como consecuencia de políticas económicas

El populismo, con sus enfoques simplistas, apela a los sentimientos, y suele ser impulsado por líderes carismáticos. El carisma de estos líderes genera apoyo para medidas económicas que vulneran los controles y equilibrios de la democracia. Las democracias representativas exhiben una fragilidad frente al populismo, la cual puede agravarse, con este tipo de medidas económicas.

a) Vulnerabilidad de la democracia frente al populismo, y posibles antídotos

Puede suceder que la democracia, al cabo de cierto tiempo, no entusiasme, no apasione. A muchas personas las pueden motivar, más bien, el carisma y las promesas falsas de los líderes populistas, particularmente en momentos de dificultades económicas. La falta de entusiasmo que muchas veces provocan los gobernantes democráticos y el espejismo creado por los populistas hacen que las democracias sean vulnerables.

Bernard Shaw, en las notas a su César y Cleopatra,²³ afirmó, hace más de 120 años,²⁴ que “*claramente existe campo para grandes cambios en el mundo mediante el incremento del porcentaje de individuos que son educados cuidadosamente y criados con gentileza, hasta finalmente sacarle el máximo provecho a todo hombre y mujer que haya nacido. Pero esta posibilidad existía en la época de los hititas,²⁵ tanto como existe hoy*”. En nuestra época, formar a los niños y jóvenes cuidadosamente y con gentileza debe abarcar sembrarles valores democráticos y suministrarles información sobre cómo funciona la economía. Ésta es la mejor defensa contra el populismo, pero no basta. Es necesario, además, que existan instituciones sólidas y fuerzas sociales no institucionales igualmente sólidas, para que las unas y las otras sirvan de cortapisa a las ambiciones de caudillos,²⁶ que dicen mentiras que mucha gente quiere oír y está dispuesta a creer.

La democracia tiene un basamento institucional en la separación de poderes, el estado de derecho, el respeto a los derechos humanos, la protección de las mi-

²³ Shaw, George Bernard: *Collected Plays with their Prefaces*, tomo II, Londres, 1971, página 296.

²⁴ Bernard Shaw concluyó su César y Cleopatra el 9 de diciembre de 1898 (Shaw: obra citada, página 159), o sea, antes del surgimiento de Lenin, Mussolini y Hitler.

²⁵ Los hititas son una civilización del Medio Oriente de aproximadamente un milenio y medio antes de Cristo, cuando los griegos ni siquiera habían irrumpido en la historia.

²⁶ Hay similitud entre el populismo del siglo XXI y el caudillismo de los siglos XIX y XX.

norías y la alternabilidad a través de elecciones. Pero, para que una democracia sea verdaderamente fuerte, dicho basamento institucional debe estar apuntalado por una clase profesional y empresarial próspera, con movilidad social y oportunidades para todos. La clase profesional y empresarial, en la medida en que sea próspera, puede constituir un impedimento al surgimiento del populismo. No es que la élite económica tenga la capacidad, por sí sola, de evitar que el populismo se imponga, sino que es un obstáculo más para su instauración, pues es un poder adicional al ejecutivo, legislativo o judicial, aunque no institucional. La bonanza de la élite económica, como factor estabilizador, juega un papel similar al de la prensa libre y las iglesias tradicionales. Los profesionales y el empresariado son una fuerza social no institucional, que no conviene debilitar con una intervención estatal que suele afectar adversamente el buen desempeño económico y la prosperidad general. Los gobernantes deben concentrarse en lo fundamental, que es, en nuestro criterio, (i) el estado de derecho; (ii) el buen funcionamiento de la policía, los tribunales y las cárceles; (iii) el respeto a los derechos humanos y la protección de las minorías; (iv) un sistema que garantice elecciones periódicas y limpias, sin ventajismo; (v) la educación, la salud y la seguridad social, de calidad y al alcance de todos; (vi) la protección del patrimonio cultural y ambiental; (vii) mecanismos para prevenir distorsiones en el mercado (como los monopolios, la competencia desleal y los abusos contra los consumidores), los cuales implican una regulación y supervisión estatal racional y suficiente, no castrante; y (viii) mecanismos para corregir tales distorsiones en el mercado, los cuales deben ser provisionales y no pueden estar dirigidos a convertir al Estado en un súper-empresario. Los gobernantes que se concentran en lo fundamental, dejando que la población trabaje tranquila y libremente, generan bienestar, promocionando una élite económica fuerte, que puede ayudar a contrarrestar el populismo, dificultando su instauración. En caso de que un líder populista tome el poder, esa élite económica fuerte puede debilitarlo, apoyando a la oposición democrática.

b) *Políticas económicas favorecedoras del declive y supresión de la democracia*

El caso de Venezuela es emblemático. En los cuarenta años de democracia previos al populismo chavista, llegó a haber control de cambios, control de precios y nacionalizaciones. Dichos controles de cambios y precios fueron un fracaso; pero, como fueron promovidos provisionalmente por los partidos del estatus y sus efectos negativos fueron atenuados por la riqueza petrolera, el pueblo no entendió que estos controles económicos son nefastos. Dichas nacionalizaciones fueron, en cambio, exitosas, por lo menos la de la industria del petróleo, durante la primera presidencia de Carlos Andrés Pérez; con la consecuencia de que estas tomas de propiedades fueron bien vistas por el pueblo, y el Estado pasó a ser el principal factor económico de Venezuela. Los controles de cambios y precios y las nacionalizaciones de los cuarenta años de democracia acarrearón el debilitamiento de las élites económicas de Venezuela, que no tuvieron fortaleza para enfrentar el populismo chavista, como un contrapeso adicional a los institucionales

y a los de la prensa y la Iglesia Católica.²⁷ También acarrearón la receptividad del pueblo a nuevos controles de cambios y precios, y a nuevas nacionalizaciones y estatizaciones.

Durante los gobiernos de Chávez y Maduro, los controles de cambios y precios pasaron a ser permanentes y totalmente irracionales. Además, las nacionalizaciones y estatizaciones devinieron numerosas, casi siempre sin justificación, procedimiento ni indemnización. Todo esto abatió la ya débil élite económica venezolana. A esto se añade que la corrupción y las distorsiones en la economía crearon una nueva clase de supuestos empresarios con enormes fortunas, interesados en que el régimen se mantenga, para tener impunidad. Todo esto ha ayudado a que el chavismo permanezca en el poder, desde hace más de dos décadas. Estos controles económicos y tomas de propiedades, aunados a la corrupción, no han arrojado ningún resultado positivo, sino devaluaciones y mega-devaluaciones; inflación e hiperinflación; destrucción del aparato productivo; carestía grave de gasolina, gas doméstico, alimentos, medicinas y otros bienes; y sucesivas re-conversiones monetarias, hasta quitarle ocho ceros a la moneda.

Casi todas las normas venezolanas sobre controles de cambios y precios son, además de irracionales, imposibles de cumplir. Fernando M. Fernández popularizó en Venezuela las palabras “*corruptentes*” o “*criminógenos*”, para calificar a las leyes o decretos que, por su irracionalidad e imposible cumplimiento, convierten en delincuentes a los ciudadanos correctos.²⁸ Refiriéndose a un libro de éste –Estado Dual o Anómico: Efectos Corruptentes–, Gabriel Ruan Santos, entonces presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, expresó que “*Particular interés suscita el tema de los “efectos corruptentes” del Estado Dual, a través de los llamados “decretos criminógenos”. A este respecto, cita Fernández al maestro penalista venezolano Tulio Chiossone, quien se refería a las “leyes criminógenas”, porque lejos de promover su cumplimiento provocaban su incumplimiento o eran la causa de la comisión de delitos. Según Fernández, “son leyes cuya estructura es errónea, confusa o absurda, porque prohíben conductas que no deberían ser castigadas penalmente... suelen estar cargadas de ideología política o de prejuicios y dogmas económicos que no resultan ser soluciones prácticas para la sociedad ni para la economía”. A nuestro juicio, buen ejemplo de las leyes criminógenas, cuyo difícil cumplimiento conduce a la ilegalidad a los destinatarios de las normas es el régimen de control de cambios y en especial, la Ley de Ilícitos Cambiarios, que establece el monopolio estatal del*

²⁷ Hay que reconocer que el carisma de Chávez, y su afirmación de que no era socialista ni comunista, sino católico, engañaron a varios dueños de medios de comunicación, empresarios, intelectuales y sacerdotes, que ayudaron a Chávez a conquistar el poder y fueron sus aliados por un tiempo.

²⁸ Véanse por ejemplo las siguientes publicaciones de profesionales de la comunicación: <http://www.cesarmiguelrondon.com/opinion/el-espacio-de-mis-amigos/mafias-billetes-fernando-m-fernandez/> http://www.el-nacional.com/noticias/sucesos/falta-control-leyes-incitan-delito-financiero_205452

comercio de divisas, sin que el Estado provea a los importadores de las que necesitan, obligándolos a recurrir al mercado paralelo ilegal y a hacerse blanco de sanciones desproporcionadas".²⁹ Este texto está referido al control de cambios, pero vale para el control de precios, que impone vender a pérdida.

Cuando Chávez instauró el control de cambios en el 2003, dejó claro su fin político, no económico, amenazando a empresarios adversos con no otorgarles divisas.³⁰ Lo mismo puede decirse sobre el control de precios.

II) MEDIDAS ECONÓMICAS IMPLEMENTADAS EN VENEZUELA

La imposición de políticas económicas equivocadas, en Venezuela, allanó el camino para que el chavismo conquistara y después se perpetuara en el poder. El empobrecimiento, envilecimiento, sumisión o exilio de gran parte de los empresarios y profesionales dificulta que Venezuela recupere su democracia; y es el resultado de la delincuencia común desbocada, de la arbitrariedad, de los controles de cambios y precios, y de las nacionalizaciones y estatizaciones.

A) *Los controles de cambios y precios del régimen chavista*

Los controles de cambios y precios, que en la Venezuela chavista tienen carácter prácticamente permanente, son muy destructivos, pues perjudican toda actividad económica, generan corrupción y su regulación está contenida en normas criminógenas.

a) *El control de cambios*

El control de cambios instaurado por el chavismo data del año 2003. Las sucesivas leyes de ilícitos cambiarios, la última de ellas denominada Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos, han tenido normas totalmente absurdas, tales como las siguientes: (i) El artículo 22 de esta última ley, cuyo título era "*Uso de tipo de cambio no oficial para establecer precios*", sancionaba con prisión y multa a "*Quienes promocionen, comercialicen o determinen los precios de bienes y servicios utilizando como referencia un tipo de cambio distinto a los permitidos por la normativa cambiaria o al fijado para la operación cambiaria correspondiente por la administración cambiaria*". Esto era un contrasentido, pues durante muchos años la tasa oficial era muy inferior a la tasa real, y el sector privado tenía

²⁹ Ruan Santos, Gabriel: Palabras de Apertura de la Presentación de los Libros de Fernando M. Fernández, disponible en: [http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Noticias/Palabras%20de%20apertura%20F.M.Fern%C3%A1ndez.%20\(0326340xC4456\).pdf](http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Noticias/Palabras%20de%20apertura%20F.M.Fern%C3%A1ndez.%20(0326340xC4456).pdf)

³⁰ Por ejemplo, el 23 de enero de 2003, el Ministro de Producción y Comercio declaró que los empresarios golpistas ya no iban a poder comprar dólares; y, el 4 de febrero siguiente, Chávez ratificó que el control de cambios era para fines políticos, señalando que les iba a cerrar la puerta a los empresarios golpistas, a quienes no les iba a dar ni un dólar (para él, casi todos los empresarios eran golpistas).

que acudir al llamado mercado paralelo de divisas para atender sus importaciones, ya que la administración cambiaria no le daba acceso a moneda extranjera. (ii) El artículo 24 de la misma ley usaba las palabras “*falsa o fraudulenta*” con respecto a cualquier “*tipo de cambio aplicable a las divisas*” que “*contrarie o distorsione*” el “*tipo de cambio fijado por el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela*”. Según este artículo, “*Se entenderá que una información referida al tipo de cambio... es falsa o fraudulenta cuando contrarie o distorsione los valores aplicables al tipo de cambio fijado por el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela*”. Este artículo, cuyo título era “*Difusión de información falsa sobre el tipo de cambio*”, castigaba con prisión la difusión de “*información falsa o fraudulenta referida al tipo de cambio*”, por “*comunicación de cualquier tipo*”. De manera que la ley incurría en el extremo de criminalizar el suministro de información sobre el mercado paralelo de divisas. (iii) El artículo 39 de dicha ley, titulado “*Obtención de divisas violando las normas*”, penalizaba con multa a “*Quienes hubiesen obtenido divisas mediante la violación de la normativa cambiaria que regula el régimen de administración de divisas*”. Además, éstos debían realizar el “*reintegro de las divisas al Banco Central de Venezuela*”.

Algunas de las leyes de ilícitos cambiarios que precedieron a la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos llevaron la irracionalidad al punto de castigar con prisión las operaciones del mercado paralelo de divisas.³¹

Los artículos 22, 24 y 39 de la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos, antes citados, coexistieron con el artículo 138 de la Ley del Banco Central de Venezuela, que sancionaba con multa a quienes realizaran “*operaciones de negociación y comercio de divisas en el país*” en violación de las normas del Banco Central de Venezuela.

Ahora bien, el 2 de agosto de 2018, todas las disposiciones mencionadas fueron derogadas por la Asamblea Nacional Constituyente, a través del Decreto Constituyente mediante el cual se establece la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos. No obstante, el Decreto Constituyente es nulo, porque la Asamblea Nacional Constituyente fue establecida en violación de los requisitos constitucionales,³² y, en todo caso, no está facultada para derogar leyes.³³ Sin embargo,

³¹ Por ejemplo, la Ley contra los Ilícitos Cambiarios que estuvo vigente hasta 2014, en el segundo párrafo de su artículo 9, castigaba con multa a la persona que, “*en una o varias operaciones en un mismo año calendario, sin intervención del Banco Central de Venezuela, compre, venda o de cualquier modo ofrezca, enajene, transfiera o reciba divisas*”, si el monto excedía US\$ 10.000 al año. Según el tercer párrafo de dicho artículo, si el monto excedía de US\$ 20.000 por año, la persona era penada con prisión.

³² Véase el pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del 20 de junio de 2017: [http://aciropol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20sobre%20Bases%20Comiciales%20de%20la%20ANC.%20\(.pdf](http://aciropol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20sobre%20Bases%20Comiciales%20de%20la%20ANC.%20(.pdf)

³³ Véase el pronunciamiento de las Academias Nacionales del 15 de agosto de 2017: <http://aciropol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/2017-08-15%20Pronunciamento%20Academias%20ante%20ilegitima%20ANC.pdf>

para el régimen chavista los artículos citados fueron derogados, pues considera que la Asamblea Nacional Constituyente es “soberana y plenipotenciaria”.³⁴ La Asamblea Nacional Constituyente, mediante el Decreto Constituyente, también derogó cualquier otra disposición que colidiera con éste.

Existían argumentos muy sólidos para sostener que esta derogatoria abarcó los artículos 28 y 30 del Convenio Cambiario N° 39 entre el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela, que establecían una tasa de cambio oficial, que pretendieron imponer como tipo de cambio único, a saber: la Tasa Complementaria Flotante de Mercado, DICOM.³⁵ En efecto, esta tasa única era incompatible con los considerandos y los artículos de dicho Decreto Constituyente.³⁶ Sin embargo, las autoridades siguieron declarando que existía un tipo de cambio único, que había que acabar con el mercado paralelo de divisas y que las obligaciones en divisas tenían que ser pagadas en bolívares. Ahora bien, casi dos meses después del Decreto Constituyente del 2 de agosto de 2018, mediante el cual se establece la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela publicaron, en la Gaceta Oficial N° 6.405 Extraordinario del 7 de septiembre de 2018, el Convenio Cambiario N° 1, supuestamente acordado el 21 de agosto de 2018, que restableció la libre convertibilidad, eliminó las restricciones cambiarias existentes y derogó expresamente los convenios cambiarios anteriores. De dicho Convenio Cambiario interesa destacar lo siguiente:

Su artículo 8 establece la distinción entre las obligaciones en divisas como moneda de cuenta y las obligaciones en divisas como moneda de pago, preci-

³⁴ Por ejemplo, Acuerdo Constituyente publicado en la Gaceta Oficial N° 41.454 del 6 de agosto de 2018.

³⁵ Artículo 11 del Convenio Cambiario N° 39: “*El listado de las personas naturales y jurídicas; así como las cantidades adjudicadas de monedas extranjeras, será publicado en la página web del Banco Central de Venezuela, así como en la página www.dicom.gob.ve, del Sistema de Tipo de Cambio Complementario Flotante de Mercado (DICOM), correspondiente a cada subasta realizada. El tipo de cambio vigente será el de la última subasta.*” Artículo 28 del Convenio Cambiario N° 39: “*El tipo de cambio de referencia previsto en el artículo 11 del presente Convenio Cambiario, aplicará para todas aquellas operaciones de liquidación de monedas extranjeras del sector público y privado. / Asimismo, las operaciones de venta de monedas extranjeras al Banco Central de Venezuela por parte de los sujetos indicados en este artículo se efectuarán al tipo de cambio dispuesto en el artículo 11 del presente Convenio Cambiario, reducido en cero coma veinticinco por ciento (0,25%).*” Artículo 30 del Convenio Cambiario N° 39: “*Todas aquellas operaciones de liquidación de monedas extranjeras no previstas expresamente en el presente Convenio Cambiario, se tramitarán a través de los mercados alternativos regulados en la normativa cambiaria, al tipo de cambio complementario flotante de mercado.*”

³⁶ Los artículos 28 y 30 del Convenio Cambiario N° 39 imponían una tasa de cambio única para todas las operaciones cambiarias que realizaran los particulares, tanto las que estuvieran regidas por éste, como las que no estuvieran regidas por éste. Esa imposición es totalmente incompatible con los postulados predicados por la Asamblea Nacional Constituyente mediante el cual se establece la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, que pregona la libertad económica y elimina las restricciones cambiarias.

sando, respecto de estas últimas, que, “*Cuando de la voluntad de las partes contratantes se evidencie que el pago de la obligación ha de realizarse en moneda extranjera, así se efectuará, aun cuando se haya pactado en vigencia de restricciones cambiarias*”. La distinción hecha en dicho Convenio Cambiario, incluyendo el reconocimiento de las obligaciones en divisas como moneda de pago, es compatible con el artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela, que contiene una regla general según la cual las partes pueden celebrar contratos en divisas, y acordar, mediante “*convención especial*”, que los pagos correspondientes sean hechos en la moneda extranjera de que se trate. En efecto, dicho artículo 128 dispone que “*Los pagos estipulados en monedas extranjeras se cancelan, salvo convención especial, con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar*” y “*la fecha de pago*”.

No obstante lo dispuesto en el Decreto Constituyente mediante el cual se establece la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, dicho Convenio Cambiario, a primera vista, parece exigir que todas las operaciones cambiarias sean realizadas a una tasa oficial única, resultante de los mecanismos en él previstos. En efecto, la letra c de su artículo 1 se refiere al tipo de cambio “*de mercado único*”, y su artículo 9, luego de aludir al tipo de cambio resultante de “*las operaciones transadas en el Sistema de Mercado Cambiario a que se contrae el presente Convenio Cambiario*”, expresa, en su párrafo primero, que “*El tipo de cambio de referencia dispuesto en el presente artículo aplicará para todas aquellas operaciones de liquidación de monedas extranjeras del sector público y privado... a todos los efectos*”. Sin embargo, de dicho Convenio Cambiario también se desprende que se pueden realizar operaciones cambiarias fuera de los referidos mecanismos, a la tasa de cambio que las partes acuerden. En efecto, en primer lugar, sus artículos 1 y 2 afirman que “*El presente Convenio Cambiario tiene por objeto establecer la libre convertibilidad de la moneda*”, y que “*se restablece la libre convertibilidad de la moneda en todo el territorio nacional, por lo que cesan las restricciones sobre las operaciones cambiarias*”. En segundo lugar, su artículo 10 establece que “*La compra y venta de posiciones propias en moneda extranjera de personas naturales y jurídicas del sector privado estará sujeta a los términos en que tales operaciones han sido convenidas en el marco de la regulación del mercado cambiario contemplado en el presente Convenio Cambiario*” (resaltado nuestro). Del último artículo citado se desprende que las “*personas naturales y jurídicas del sector privado*” pueden celebrar operaciones de “*compra y venta de posiciones propias en moneda extranjera*”, en “*los términos en que tales operaciones*” sean “*convenidas*” por ellas; y que, de estas operaciones, resulta un “*mercado cambiario*”, el cual se inserta en “*la regulación*” de dicho “*Convenio Cambiario*”. Este “*mercado cambiario*” comprende, tanto las operaciones de compra y venta de divisas realizadas dentro del “*Sistema del Mercado Cambiario*” regulado por sus artículos 9 y siguientes, que establecen un sistema de subastas organizadas por el Banco Central de Venezuela; como las operaciones de compra y venta de divisas realizadas fuera del “*Sistema del Mercado Cambiario*”, o sea, sin intervención del Banco Central de Venezuela.

En tercer lugar, su artículo 13 establece que “*Las operaciones de compra y venta de monedas extranjeras a través del Sistema de Mercado Cambiario, podrán ser realizadas con posiciones mantenidas por personas naturales y jurídicas del sector privado que deseen presentar sus cotizaciones de oferta y demanda, en cualquier moneda extranjera*” (resaltado nuestro). En este último artículo, el verbo *poder* denota una *facultad*, y no una *obligación*, lo que es confirmado por el uso, en el mismo, del verbo *desear*; lo cual da a entender que las personas naturales y jurídicas del sector privado también tienen la posibilidad de comprar o vender divisas por convenios entre ellas, fuera de las referidas subastas. En cuarto lugar, los citados artículos 1 y 9 aluden al tipo de cambio “*de mercado*”, “*promedio*” y “*de referencia*”, lo cual es indicativo de que dicha tasa cambiaria no es una tasa oficial única. En quinto lugar, aunque la validez de las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente sea cuestionable, el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela –que indiscutiblemente son los órganos encargados de diseñar y ejecutar las políticas cambiarias–, cuando emitieron el referido Convenio Cambiario, aplicaron el Decreto Constituyente mencionado, dando por buena la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos allí prevista. Además, el primer considerando de dicho Decreto Constituyente exige una ley para restringir la libertad cambiaria, ya que, allí, la Asamblea Nacional Constituyente reconoció el derecho de “*los particulares*” a “*realizar transacciones cambiarias entre privados propias en divisas, de origen lícito*”, especificando que estas operaciones se harán “*sin más limitaciones que las establecidas por la ley*”. Esto es consistente con que el artículo 112 de la Constitución prevé que todas las personas pueden dedicarse libremente a cualquier actividad económica, y que esta libertad solo puede ser limitada por la ley o por la Constitución misma, en razón de varios fines contemplados en el mismo artículo; y el artículo 49, número 6, de la Constitución establece que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes, es decir, las sanciones deben ser expresamente establecidas por ley. Las operaciones de cambio no son objeto de ninguna prohibición ni sanción legal; es decir, actualmente, el mercado paralelo de divisas no está vedado ni castigado por ninguna ley; en consecuencia, los particulares pueden realizar operaciones cambiarias sin intervención del Banco Central de Venezuela, a una tasa distinta de la referencial contemplada en dicho Convenio Cambiario. En sexto lugar, la libertad de contratación en el ámbito cambiario está reflejada en el artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela, contenido de una regla general, según la cual las partes pueden celebrar contratos en divisas y acordar que los pagos correspondientes sean hechos en la moneda extranjera de que se trate. Dicho artículo 128 establece, en efecto, que “*Los pagos estipulados en monedas extranjeras se cancelan, salvo convención especial, con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar de la fecha de pago*” (probablemente se quiso decir el tipo de cambio corriente en el lugar y la fecha de pago). El legislador utilizó la expresión “*tipo de cambio corriente*”, y no la expresión tasa oficial, ni tipo de cambio único, ni otra equivalente. Y el artículo 8 del referido Convenio Cambiario, antes citado, que establece la distinción entre las obligaciones en divi-

sas como moneda de cuenta y las obligaciones en divisas como moneda de pago, incluye una referencia a “*el artículo 128 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Central de Venezuela*”, por lo que la libertad de contratación en materia cambiaria, consagrada en dicho artículo 128, fue reconocida por el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela. En séptimo lugar, para que haya una prohibición, ésta tiene que ser expresa, pero en dicho Convenio Cambiario no hay ninguna disposición que prohíba expresamente que los particulares realicen operaciones externas al “*Sistema de Mercado Cambiario*”. Las normas de dicho Convenio Cambiario son de interpretación restrictiva, porque restringen la libertad y establecen prohibiciones. En octavo lugar, los artículos del Convenio Cambiario relativos a la aplicación del tipo de cambio resultante de las subastas organizadas por el Banco Central de Venezuela no deben ser considerados limitativos de la libertad de contratación y la libre convertibilidad, reconocidos en el artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela, los artículos 8 y 10 del Convenio Cambiario, y los considerandos y el articulado del Decreto Constituyente mediante el cual se establece la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos. Si los referidos artículos del Convenio Cambiario fueran interpretados como una prohibición de celebrar operaciones cambiarias fuera de dichas subastas, pactando libremente el precio de las divisas, se debería llegar a la conclusión de que están viciados de nulidad, por ilegales e inconstitucionales.

En consecuencia, la letra c del artículo 1 y el párrafo primero del artículo 9 de dicho Convenio Cambiario, antes citados, que aluden al tipo de cambio “*de mercado único*”, resultante de “*las operaciones transadas en el Sistema de Mercado Cambiario*”, aplicable a “*todas aquellas operaciones de liquidación de monedas extranjeras del sector público y privado... a todos los efectos*”, no pueden ser interpretados como normas que contemplan aplicar siempre una tasa oficial única, resultante de los mecanismos en previstos en dicho Convenio Cambiario. Por el contrario, se debe entender que dicha letra c del artículo 1 y párrafo primero del artículo 9 establecen un tipo de cambio supletorio, que rige en todos los casos en los que las partes no acuerden un tipo de cambio distinto. En efecto, el artículo 6 del Código Civil señala que “*No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres*”, es decir, hay leyes en cuya observancia el orden público y las buenas costumbres no están interesados, y es posible renunciar o relajar, por convenios particulares, estas últimas leyes. Por lo tanto, una norma, dependiendo de su contenido y su contexto, puede ser una disposición imperativa, que es inderogable por los particulares; o una disposición supletoria, que admite pacto en contrario; y, dada la forma como están redactados dicha letra c del artículo 1 y párrafo primero del artículo 9, y dado lo dispuesto en otros artículos del referido Convenio cambiario, la norma según la cual procede aplicar el tipo de cambio resultante de las subastas, contenida en dicha letra c del artículo 1 y párrafo primero del artículo 9, debe ser considerada una norma en cuya observancia el orden público y las buenas costumbres no están interesados, que, por ende, puede renunciarse o relajarse, a la luz del artículo 6 del Código Civil. De

hecho, el Convenio Cambiario no expresa que la norma sobre la aplicación del tipo de cambio de las subastas, incluida en la letra c de su artículo 1 y el párrafo primero de su artículo 9, sea una disposición de orden público; y tampoco expresa que la generalidad de sus disposiciones sea de orden público. Además, dicha letra c del artículo 1 y el artículo 9 emplean reiteradamente las palabras “*de referencia*”, que no son compatibles con una disposición imperativa, que es inderogable por los particulares. En consecuencia, la norma sobre aplicación de la tasa de las subastas, en dicha letra c del artículo 1 y párrafo primero del artículo 9, debe ser considerada una disposición supletoria, que admite pacto en contrario; y, por consiguiente, las partes pueden acordar el establecimiento de una tasa diferente; así que el tipo de cambio divulgado por el Banco Central de Venezuela sólo se aplica en caso de que las partes no hayan establecido un tipo de cambio distinto. Además, el que el artículo 8 del Convenio Cambiario remita al artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela, que a su vez prevé la aplicación del “*tipo de cambio corriente en el lugar*” y “*la fecha de pago*”, es indicativo de que, en los casos en los que se puede pagar en bolívares obligaciones en divisas –moneda de cuenta– no procede aplicar el tipo de cambio resultante de las subastas, al que se refiere la norma contenida en dicha letra c del artículo 1 y párrafo primero del artículo 9, la cual no es una disposición de orden público, sino supletoria. Adicionalmente, interpretar que la norma de dicha letra c del artículo 1 y párrafo primero del artículo 9 es una disposición de orden público, inderogable por las partes, contradice el referido Decreto Constituyente, cuyo nombre es “*Decreto Constituyente mediante el cual se Establece la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos*”, en el cual la Asamblea Nacional Constituyente afirmó la necesidad de “*que los particulares puedan realizar transacciones cambiarias entre privados propias en divisas, de origen lícito, sin más limitaciones que las establecidas por la ley*” (primer considerando); “*las garantías para que los particulares, sean personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, puedan participar más activamente en emprendimientos socio económicos, inversiones, actividades productivas y de desarrollo social, y con el firme propósito de brindar las máximas seguridades para la inversión extranjera productiva*” (segundo considerando); y el “*objeto*” de “*establecer la derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos..., con el propósito de otorgar a los particulares, tanto personas naturales como jurídicas, nacionales o extranjeras, las más amplias garantías para el desempeño de su mejor participación en el modelo de desarrollo socio-económico productivo del país*” (artículo 1); derogando toda la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos, la parte del artículo 138 de la Ley del Banco Central de Venezuela relativa al “*ilícito referido a la actividad de negociación y comercio de divisas en el país*”, y cualquier otra norma que colida con el Decreto Constituyente. Finalmente, interpretar que la norma de dicha letra c del artículo 1 y párrafo primero del artículo 9 es una disposición de orden público contradice otros artículos del Convenio Cambiario, que establecen que “*El presente Convenio Cambiario tiene por objeto establecer la libre convertibilidad de la moneda*” (artículo 1), y “*se restablece la libre convertibilidad de la moneda en todo*

el territorio nacional, por lo que cesan las restricciones sobre las operaciones cambiarias” (artículo 2).

No obstante, el Convenio Cambiario es tan confuso que las autoridades siguieron emitiendo declaraciones contrarias a la libertad cambiaria, hasta que la realidad se impuso: al régimen no le quedó más remedio, ante la pérdida total de valor del bolívar, que (i) mantener una paridad cambiaria, en las subastas organizadas por el Banco Central de Venezuela, similar a la prevaleciente en el mercado paralelo; y (ii) reconocer la validez de las obligaciones pactadas en divisas, como moneda de cuenta o como moneda de pago. Esto llevó a que la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia dictada el 29 de abril de 2021 (Exp. N° 2020-000164), declarara la validez de dichas obligaciones. En efecto, en esa sentencia la Sala declaró que *“el contrato... es conforme a derecho y no es ilegal por establecer el monto del precio en dólares”*; y que *“no deviene en ilegal un pacto estipulado en moneda extranjera, y menos cuando dicha moneda se ha estipulado como moneda de cuenta, lo importante es que tal convenio de las partes se adapte al vigente marco cambiario”*. Preocupa, sin embargo, la vaguedad de esto último.

b) El control de precios

Existen argumentos muy sólidos para sostener que la abolición de las normas contrarias a la libertad cambiaria, contenida en el Decreto Constituyente mediante el cual se establece la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, abarca el artículo 62 de la Ley Orgánica de Precios Justos. Este artículo, titulado *“Alteración fraudulenta de precios”*, castigaba con prisión a *“Quien, de manera directa o indirecta, con engaño y fines de lucro, aplicare o informare, por cualquier medio, un tipo de cambio distinto al fijado por el Ejecutivo Nacional para la estimación de precios de bienes o servicios, en el territorio nacional”*. Pensamos que fue abrogado, pues este artículo penaliza una conducta similar a la sancionada en el artículo 22 de la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos, el cual, como vimos, fue derogado expresamente. Sin embargo, es posible que esto no lo haya entendido el gobierno.

En cualquier caso, un control de precios con hiperinflación es insostenible. Sin embargo, existe, al menos en teoría.

La Ley Orgánica de Precios Justos controla, además de los precios, las ganancias. Su artículo 31 dispone que *“Ningún margen de ganancia superará el treinta por ciento (30%) de la estructura de costos del bien producido o el servicio prestado”*, pero el margen puede ser menor, por decisión de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos. Los proveedores de bienes y servicios pueden documentar sus gastos y costos mediante las facturas correspondientes. Ahora bien, la Superintendencia puede revisar esas facturas, considerar que existe un sobreprecio y concluir que se obtuvo una ganancia mayor que la permitida.

El artículo 49 de esta ley castiga con prisión a “*Quien compre o enajene bienes, productos o preste servicios, con fines de lucro a precios o márgenes de ganancia o de intermediación superiores a los establecidos por la Superintendencia*”.

De hecho, había muchos comerciantes detenidos y comercios intervenidos.³⁷ Sin embargo, últimamente, en esto también se impuso la realidad, y el régimen no está controlando los precios, lo que ha mejorado los problemas de abastecimiento.

B) Las nacionalizaciones y estatizaciones del régimen chavista

Las numerosas nacionalizaciones y estatizaciones tienen como resultado convertir empresas productivas en cementerios o centros de corrupción, generar escasez, deteriorar servicios públicos, crear enormes pérdidas y destruir la empresa privada. Las transferencias de propiedades al sector público han sido muy variadas; pero el común denominador es que casi siempre son sin justificación, procedimiento ni indemnización.

a) Tipos de nacionalización y estatización

Las transferencias de propiedades al sector público han sido nacionalizaciones, referidas a activos de extranjeros; o estatizaciones, referidas a activos de venezolanos. Las nacionalizaciones y estatizaciones son presentadas como expropiaciones, usualmente violatorias de la Constitución y la ley; o compras, en realidad compras forzadas, en las que el vendedor del sector privado es presionado para vender bienes al sector público, usualmente a un precio bajo.³⁸ Las nacionalizaciones y estatizaciones han tenido diversas motivaciones: razones ideológicas (ejemplo: industria cementera), venganza o capricho (ejemplo: Centro Comercial Sambil La Candelaria), o deseo de mantener vivas compañías inviables en virtud de medidas económicas del gobierno (ejemplo: Kellogg’s). Los bienes nacionalizados o estatizados son acciones de compañías, o directamente activos de compañías.

b) Irrespeto de los fines de la expropiación y ausencia de procedimiento e indemnización

Según el artículo 115 de la Constitución, “*Se garantiza el derecho de propiedad*”, y, “*Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la*

³⁷ El Fiscal General de la República declaró, según los diarios El Universal, Tal Cual y La Patilla del 29 y 30 de agosto de 2018, que en los últimos días 131 comerciantes han sido detenidos, de los cuales 92 siguen presos, 29 tienen medidas cautelares y 10 fueron liberados.

³⁸ Chávez llamó estas ventas forzadas “*Método Chaz*”, aludiendo a una operación con los Azpúrrua.

expropiación de cualquier clase de bienes”. Esto tiene tres corolarios: (i) Como la expropiación debe ser “*por causa de utilidad pública o interés social*”, no procede expropiar acciones ni activos de una compañía, usados con un fin, para continuar con la misma actividad (la utilidad pública e interés social ya están siendo atendidos por el sector privado). Sin embargo, esto suele ser violado, al punto de que hay expropiaciones para incrementar el porcentaje del sector público en inversiones conjuntas con el sector privado.³⁹ Además, por ley se declaró que todos los bienes y servicios son de utilidad pública o interés social, desvirtuando dicho artículo y permitiendo expropiar cualquier cosa.⁴⁰ (ii) Como la expropiación tiene que ser “*mediante sentencia firme*”, debe haber un procedimiento judicial; pero muchas expropiaciones se hacen por vías de hecho. Hay que cumplir ciertos requisitos, en dicho procedimiento, para que el ente expropiante tome el control del bien expropiado, los cuales raramente se cumplen. (iii) Como la expropiación tiene que ser mediante “*pago oportuno de justa indemnización*”, el ente expropiante debe pagar el precio del bien expropiado, fijado de mutuo acuerdo o en el procedimiento, lo que raramente sucede.

En consecuencia, lo que el chavismo llama expropiación es confiscación, contraria al artículo 116 de la Constitución, que sólo permite confiscar, “*los bienes de personas... responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes.*”

CONCLUSIÓN

La defensa del estado de derecho contra el populismo impone (i) mejorar el sistema educativo, inculcando valores democráticos y enseñando cómo funciona la economía; y (ii) dejar que las élites económicas inviertan, emprendan y trabajen, sin debilitarlas con controles de cambios y precios, ni con nacionalizaciones y estatizaciones, los cuales generan pobreza y corrupción, eliminando un contrapeso a las ambiciones populistas. La crisis económica es de tal magnitud en Venezuela, que el régimen ha liberalizado los controles de cambios y precios, con la esperanza de que mejore la economía, pero la mejora será muy limitada, dada la falta de confianza en las instituciones, la ausencia de estado de derecho y la gravísima inseguridad jurídica.

³⁹ Por ejemplo, expropiaciones de las participaciones de ConocoPhillips y Exxon en las inversiones conjuntas con PDVSA en dos proyectos petroleros (extra-pesado) de la faja petrolífera del Orinoco.

⁴⁰ El artículo 7 de la Ley Orgánica de Precios Justos declara “*de utilidad pública e interés social, todos los bienes y servicios requeridos para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes y prestación de servicios.*”

IX PARTE

FALSEAMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN SOCIAL

21. DEMOLICIÓN SISTEMÁTICA DE LA LIBERTAD SINDICAL

César Augusto CARBALLO MENA*

*...y desaparecemos
en la sombra inmensa,
la sombra de ausencia*

Michel Houellebecq, *Los pozos*

1. PREÁMBULO

En Venezuela ha operado, por más de dos décadas, un complejo entramado –institucional e informal– que hostiliza y socava la acción de las organizaciones de empleadores y de trabajadores no afines al Gobierno¹.

* En el presente ensayo, para evitar la sobrecarga gráfica, opté por utilizar el clásico masculino genérico, en el entendido que todas las referencias, salvo que de su contexto se desprenda la intención contraria, refieren por igual a cualquier género, sin distinción alguna. Asimismo, las cursivas y corchetes en citas textuales son míos.

** Profesor Titular y Jefe del Departamento de Derecho Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Venezuela).

¹ Informe de 17 de septiembre de 2019, emanado de la Comisión de Encuesta designada por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para analizar el incumplimiento por parte del Gobierno de Venezuela de los Convenios sobre métodos para la fijación de salarios mínimos (núm. 26), sobre la libertad sindical y la protección del derecho de

De este modo, el derecho humano y fundamental a la libertad sindical² ha sido sistemáticamente vulnerado –en el derecho y en la práctica-, mediante la conculcación –de modo específico– de los derechos de las organizaciones sindicales a elegir libremente sus representantes, organizar su administración y sus actividades, y formular su programa de acción³.

El presente ensayo pretende, en primer término, reseñar los componentes esenciales de la libertad sindical y reseñar abreviadamente su evolución normativa (1891-1990) en Venezuela para, luego, describir algunos de los mecanismos jurídicos utilizados (1999-2021) para asegurar el control, la estatización y la sumisión sindical, fundamentalmente a través de la organización –por parte del Consejo Nacional electoral (CNE)– de las elecciones sindicales, la cuadruplejía que dimana de la mora electoral, la atribución de funciones estatales –como la defensa de los intereses del pueblo y la soberanía nacional– a los sindicatos, y el impulso de los consejos productivos de trabajadores (CPT) como instrumentos del poder popular destinados a controlar la gestión empresarial “a fin de garantizar el desarrollo productivo de la Nación y su acceso oportuno para el Pueblo”⁴.

2. LIBERTAD SINDICAL

2.1. *Trazos cardinales*

La libertad sindical, como derecho humano –según se desgaja de su consagración en los más trascendentes instrumentos internacionales sobre la materia⁵– y fundamental –en tanto inserto en nuestro bloque de constitucionalidad⁶–,

sindicación (núm. 87), y sobre la consulta tripartita (núm. 144), párrs. 367, 483, 489, 493, 494 y 496, pp. 168, 222, 225, 227, 228 y 229, respectivamente.

² Consagrado –primordialmente– en los arts. 95 al 97 de la Constitución de la República (CRBV) y en los Convenios sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) y sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), ambos insertos en el bloque de constitucionalidad *ex art.* 23 C RBV.

³ Informe de la Comisión de Encuesta OIT (caso Venezuela), párr. 483, p. 222.

⁴ Art. 1 de la Ley Constitucional de los Consejos Productivos de Trabajadoras y Trabajadores (LCCPT) de 30 de enero de 2018, publicada en la Gaceta Oficial 41.336 de 6 de febrero del mismo año.

⁵ Entre otros, Declaración de Filadelfia de 10 de mayo de 1944 (párrs. I.b, I.d y III.e), Carta de la Organización de Estados Americanos de 30 de abril de 1948 (art. 45.c), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 30 de abril de 1948 (art. XXII), Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (art. 23.4), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de diciembre de 16 de diciembre de 1966 (art. 8), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (art. 22), y Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969 (art. 16.1).

⁶ Explícitamente, *ex art.* 95 C RBV, en concordancia con los arts. 77 (participación en la gestión empresarial), 96 (negociación colectiva), y 97 (huelga) *eiusdem*. Implícitamente, *ex art.* 23 C RBV se insertan en el bloque de constitucionalidad, entre otros tratados internacionales sobre

ensambla una tríada de componentes esenciales, interdependientes e inescindibles⁷:

i. Organizativo: derecho de trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, a constituir las organizaciones⁸ que estimen convenientes, así como el de afiliarse –o no⁹-, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas;

ii. Funcional: derecho a fomentar y defender intereses colectivos o de categoría a través –principalmente– de la negociación colectiva, el diálogo social y, en lo que solo atañe a los trabajadores, la huelga, y la participación en la gestión empresarial; y

iii. Inmunitario: derecho a una adecuada protección frente a las conductas que tuviesen por objeto o efecto impedir, restringir u obstaculizar el pleno y eficaz ejercicio de la libertad sindical.

2.2. *Evolución normativa*

Las primeras normas jurídicas de fuente estatal que regularon en Venezuela los componentes de la libertad sindical se insertan en el **ámbito** de la explotación de minas, específicamente en lo que respecta a la composición de conflictos colectivos de trabajo y el ejercicio de la huelga:

i. El Código de Minas de 30 de junio de 1891 creó el cargo de ingeniero inspector de minas, a quien correspondía velar por el cumplimiento de dicha Ley y, en el supuesto de *huelgas*, ejercer las funciones de mediación para restablecer la paz laboral. En caso de resultar infructuosas dichas gestiones, el funcionario administrativo debía “solicitar el apoyo de la autoridad civil inmediatamente con miras a la conservación del orden público tanto en la mina como en el vecindario”¹⁰;

ii. El Reglamento del Código de Minas de 12 de septiembre de 1891 reiteró la potestad mediadora del ingeniero inspector de minas (art. 16), y previó como

derechos humanos ratificados por la República, los Convenios sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) y sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98).

⁷ Carballo Mena, César Augusto, *Libertad sindical. La perspectiva de los derechos fundamentales*, CACM, Caracas, 2012, p. 165.

⁸ En los términos de la tautología virtuosa que consagra el art. 10 del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), “toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores”.

⁹ Arts. 95 CRBV y 45.c de la Carta de la Organización de Estados Americanos de 30 de abril de 1948.

¹⁰ Parra Aranguren, Fernando, *Antecedentes del Derecho del Trabajo en Venezuela (1916-1928)*, UCAB, Caracas, 1980, p. 68.

falta grave de policía la *sublevación* de los empleados y trabajadores contra los directores o empleados a quienes estuvieran subordinados, “y mucho más si lo hacen con el fin de alcanzar, por el temor o la fuerza, algo que éstos no quisieran o pudieren concederles”¹¹ (art. 15);

iii. El Código de Minas de 29 de marzo de 1893 atribuyó la referida potestad de mediación al guardaminas, en caso de *dificultades* entre patronos y obreros, en lugar de aludir a *huelgas* o *sublevaciones*¹²;

iv. En el Código de Minas de 16 de agosto de 1909 fue suprimida la potestad mediadora del guardaminas y, en su lugar, se previó que las controversias surgidas entre patronos y trabajadores habrían de dirimirse ante una junta de tres **árbitros** arbitradores¹³; y

v. El Reglamento para la Explotación de Minas de 8 de marzo de 1916 previó que, en caso de *huelga*, los guardaminas y Jefes Civiles debían ejercer funciones de conciliación y mediación, adoptar medidas dirigidas a prevenir daños a la mina o al público, y reprimir las acciones violentas de los huelguistas¹⁴.

El 23 de julio de 1928 fue promulgada¹⁵ nuestra primera Ley del Trabajo¹⁶, la cual previó en materia sindical lo siguiente:

i. Prohibición a las asociaciones de trabajadores o patronos de federarse con asociaciones o partidos extranjeros o adscribirse a los mismos, hacerse representar en congresos o juntas internacionales sin previo permiso del Ejecutivo Federal, y/o hacer propaganda comunista¹⁷ o contraria al orden público o las buenas costumbres. En caso de inobservancia procedería la disolución –en sede administrativa– de la organización sindical y la imposición de multas a sus directivos (art. 42); y

ii. Derecho patronal a contratar trabajadores en sustitución de los huelguistas (art. 38), ejercer el *lock out* o suspensión de actividades productivas con **áni-**

¹¹ *Ibíd*em, pp. 70 y 71.

¹² *Ibíd*em, p. 72.

¹³ *Ibíd*em, p. 76.

¹⁴ *Ibíd*em, pp. 85 y 86.

¹⁵ Se sostiene que la Ley del Trabajo de 1928 fue dictada como consecuencia de *factores externos*, como resultaba el hecho de ser Venezuela miembro fundador de la Organización Internacional del Trabajo y, sin embargo, no haber sancionado una ley laboral, y *factores internos*, como resultaban, de un lado, las acciones, conjuntas y separadas, de obreros y estudiantes que exigían mayores libertades públicas y mejores condiciones de trabajo, y del otro, el imperativo de consagrar en nuestro ordenamiento jurídico la teoría del riesgo profesional. *Ibíd*em, pp. 198-216.

¹⁶ Caldera Rodríguez, Rafael, *Derecho del Trabajo*, Tipografía La Nación, Caracas, 1939, p. 94.

¹⁷ La Constitución de la República de 23 de mayo de 1928, en su artículo 32, inciso 6°, prohibía la propaganda del comunismo. En la Constitución de 20 de julio de 1936 se ratificó la prohibición de la doctrina comunista, además de la anarquista, declarándose *traidores a la patria* a quienes las proclamen, propaguen o practiquen.

mo conflictivo, y despedir masivamente a sus trabajadores como mecanismo de coerción para que estos conviniesen en sus pretensiones (art. 40).

Como se observa, la Ley del Trabajo de 1928 lejos de reconocer el derecho de los trabajadores a organizarse en la forma que estimen conveniente para la mejor defensa y promoción de sus intereses, contempló severas restricciones al ejercicio de la libertad sindical y declaró la licitud de conductas patronales tendientes a enervar su ejercicio.

La muerte de Juan Vicente Gómez —el 17 de diciembre de 1935— avivó las esperanzas de los sectores nacionales que reclamaban cambios democráticos e impulsó un estado de intensa agitación social durante los primeros meses de 1936. En este escenario, el nuevo gobierno, presidido por el general Eleazar López Contreras, probablemente con **ánimo** profiláctico frente a la *cuestión social* emergente¹⁸, ofreció, en el denominado *Programa de Febrero* de 21 de febrero de 1936, la modernización del Estado y la democratización de la sociedad, incluyendo la reglamentación de las libertades relativas al trabajo “con el objeto de evitar los conflictos sociales a que puede dar lugar cuando se ejercen en contra de los intereses de la comunidad”¹⁹.

Así, fueron promulgadas la Ley del Trabajo de 16 de julio de 1936, consagratória de los derechos de organización y acción sindical, y la Constitución de la República de 20 del mismo mes y año, donde por vez primera se insertan derechos laborales aunque sólo en su **órbita** individual²⁰.

En efecto, la Ley del Trabajo de 1936 -inspirada, de modo preponderante, en el Código del Trabajo de Chile de 13 de mayo de 1931 y en la Ley Federal del Trabajo de México de 18 de agosto del mismo año²¹— contempló los derechos de organización de los trabajadores en sindicatos o grupos, la negociación de contratos colectivos de trabajo²², y el ejercicio de la huelga²³.

¹⁸ Parker, Richard, “Consideraciones en torno a la Ley del Trabajo del año 1936”, *Estudios Laborales. Ensayos sobre Derecho del trabajo y disciplinas afines en homenaje al Profesor Rafael Alfonzo Guzmán*, UCV, Caracas, 1986, pp. 202 y 203.

¹⁹ Congreso de la República, *El pensamiento político venezolano del siglo XX. Documentos para su estudio. El debate político en 1936*, N° 14, Caracas, 1983, p. 21.

²⁰ Carballo Mena, César Augusto, *Libertad sindical...*, ob.cit., pp.73-76.

²¹ “Los artículos de la Ley del Trabajo de 1936 contienen preceptos tomados de las Convenciones Internacionales [de la Organización Internacional del Trabajo], del Código Chileno, de la Ley mexicana, y en gran parte, de la Ley venezolana de 1928 y hasta de leyes peruana y colombiana anteriores a 1928”. Caldera Rodríguez, Rafael, ob.cit., p. 107.

²² Mediante Decreto-Ley de 21 de noviembre de 1958 se reguló la negociación colectiva por rama de actividad económica.

²³ También reiteró el derecho patronal al *lock-out* o cierre de la unidad productiva como mecanismo de coerción contra los trabajadores en el ámbito de un conflicto colectivo, previsto originalmente en la Ley del Trabajo de 1928.

Sin embargo, al mismo tiempo, se incorporaron severas restricciones a la libertad sindical, destacándose las amplísimas facultades de injerencia sobre la organización y acción sindicales que se reservó el Ejecutivo Nacional:

i. Reconoce solo el registro de sindicatos de empresa o de profesión u oficio, enervando así la formación de sindicatos industriales (art. 132);

ii. Garantiza la *libertad sindical individual en sentido negativo*, es decir, el derecho de los trabajadores a no afiliarse a las organizaciones sindicales o desafiliarse de estas si lo estimasen conveniente (art. 134);

iii. Condiciona la existencia de los sindicatos a su previo registro administrativo (art. 136);

iv. Prevé que los extranjeros solo pueden ejercer funciones como directivos sindicales si han residido más de diez (10) años en el país y obtienen previa autorización por parte de la autoridad competente²⁴ (art. 137.5); y

v. Prohíbe a los sindicatos, bajo pena de disolución administrativa, federarse con asociaciones o partidos políticos, nacionales o extranjeros (art. 143).

El 4 de mayo de 1945 fue promulgada la Ley de Reforma Parcial de la Ley del Trabajo por cuya virtud se consagró, en el **ámbito** que se analiza:

i. Goce de inamovilidad para quienes integren –hasta el número máximo de siete– juntas directivas de organizaciones sindicales de trabajadores²⁵, como mecanismo preventivo frente a eventuales conductas antisindicales de iniciativa patronal (art. 194, texto refundido); y

ii. Limitación a dos (2) años de la duración máxima de las funciones de los directivos sindicales, prohibiéndose su reelección inmediata²⁶ (ídem).

La Constitución de la República de 5 de julio de 1947, expresión del proyecto político encarnado a partir de la denominada *Revolución de Octubre*²⁷, con-

²⁴ “Se ha entrado en todas las legislaciones a regular estrechamente la vida de los sindicatos, para evitar que sus actividades se desvíen del cauce que legítimamente les toca. Pero se ha pensado, más seriamente, en la necesidad de transformar la propia estructura que los compone, la cual naturalmente tiende a la *lucha de clases* [...] Por eso existe en nuestras leyes la prohibición de que sean miembros de la Directiva [sindical], extranjeros que no tengan por lo menos diez años de residencia en el país: para *evitar que en ellas puedan predominar intereses internacionalistas sobre los de la patria...*”. Caldera Rodríguez, Rafael, ob.cit., pp. 621, 638 y 642.

²⁵ Dicha inamovilidad en tutela de la libertad sindical ha sido ampliamente extendida, destacando, entre otros, los siguientes supuestos: (i) trabajadores que manifiesten su pretensión de organizarse en sindicatos (art. 198 de la Ley del Trabajo de 3 de noviembre de 1947), (ii) trabajadores interesados en negociaciones de contratos colectivos o conflictos colectivo de trabajo (arts. 369 y 408 del Reglamento de la Ley del Trabajo de 31 de diciembre de 1973), y (iii) trabajadores interesados en elecciones sindicales (art. 452 de la Ley Orgánica del Trabajo de 20 de diciembre de 1990).

²⁶ Esta restricción fue suprimida en la Ley del Trabajo de 1947.

²⁷ La *Revolución de Octubre* alude al proceso de derrocamiento del Presidente de la República, Isaías Medina Angarita, por un movimiento cívico-militar liderado por Acción Democrática, el 18 de octubre de 1945.

sagró por vez primera en dicho plano jerárquico los componentes esenciales de la libertad sindical: derecho de sindicalización (art. 42), negociación colectiva laboral y, en particular, celebración de contratos colectivos de trabajo (art. 63, numeral 8°), solución de los conflictos colectivos de trabajo mediante la implantación de instancias idóneas para la conciliación de los intereses contrapuestos (art. 63, numeral 9°), huelga, salvo en los servicios públicos que se determinen legalmente (art. 63, numeral 10°), y “estabilidad en el trabajo para los miembros de las directivas de los sindicatos de trabajadores, salvo los casos de retiro plenamente justificados” (art. 63, numeral 7°).

Por contraposición, la Constitución de 15 de abril de 1953, dictada bajo el régimen del general Marcos Pérez Jiménez, suprimió el amplio catálogo de institutos propios del Derecho colectivo del trabajo, conservando apenas la mención al derecho de sindicalización (artículo 63, ordinal 10°).

Por su parte, la Constitución de la República de 23 de enero 1961 brindó un espacio privilegiado a las organizaciones sindicales: favorecimiento de las relaciones colectivas de trabajo y promoción de la negociación colectiva como mecanismo idóneo de solución de los conflictos colectivos de trabajo (art. 90), promoción de la convención colectiva y licitud de la *cláusula sindical* que en aquélla fuere pactada (art. 90, *in fine*), garantía de que la existencia y funcionamiento de los sindicatos sólo estarían sometidos a las condiciones legalmente impuestas para asegurar la mejor realización de sus “funciones propias” y tutelar los “derechos de sus miembros” (art. 91), garantía de protección legal en el empleo de promotores y dirigentes sindicales, “durante el tiempo y en las condiciones que se requieran para asegurar la libertad sindical” (art. 91, único aparte), derecho de huelga, “dentro de las condiciones que fije la ley” (art. 92), y promoción del diálogo social con la participación de organizaciones sindicales (art. 109).

La Ley sobre Representación de los Trabajadores en los Institutos Autónomos, Empresas y Organismos de Desarrollo Económico del Estado de 11 de julio de 1966, impuso un modelo de participación de los trabajadores en la gestión de las unidades productivas del sector público mediante la integración de representantes en sus directorios, juntas directivas o administradoras, y consejos de administración.

Por último, la Ley Orgánica del Trabajo de 20 de diciembre de 1990 fusionó, en términos generales, la normativa preexistente en el ámbito del Derecho colectivo del trabajo, y preservó los rasgos preponderantes de la Ley del Trabajo de 1936, esto es, reconocimiento del derecho de organización y acción sindical, con eficaces mecanismos de injerencia y control por parte de la administración del trabajo. Entre las novedades más trascendentes destacan la supresión de los grupos o coaliciones de trabajadores como sujetos titulares de la negociación y el conflicto colectivo de trabajo²⁸, la previsión de los sindicatos industriales o

²⁸ En la reforma parcial de la Ley Orgánica del Trabajo de 17 de junio de 1997 y en su Reglamento de 20 de enero de 1999, se reconoció nuevamente a las coaliciones o grupos de trabajadores

por sector de actividad, y el reconocimiento de los colegios profesionales como sujetos colectivos del Derecho del trabajo.

En síntesis, el modelo que configuró la Ley del Trabajo de 1936, caracterizado por el reconocimiento de los derechos de organización y acción sindical pero, al mismo tiempo, sujetando su ejercicio a severos controles administrativos, susceptibles de aplicación selectiva, ha sido preservado –en gran medida– hasta nuestros días; aunque, como se verá de seguidas, intensificados para asegurar la sumisión de los sindicatos, desnaturalizarlos como instancias paraestatales e instrumentalizarlos en la construcción del Socialismo del Siglo XXI.

3. EPIGRAMA DE UNA DEMOLICIÓN

Conviene reiterarlo: por más de veinte años un complejo entramado –institucional e informal– ha socavado la acción de las organizaciones de empleadores y trabajadores no afines al Gobierno²⁹.

Dicho entramado incluye, en lo que al régimen jurídico atañe, la organización de elecciones sindicales por parte del CNE, la inhabilitación de las juntas directivas sindicales en caso de mora electoral, el control de la representatividad sindical como condición para el ejercicio de la negociación colectiva y la huelga, la imposición de funciones nítidamente estatales –como la defensa de los intereses del pueblo y de la soberanía nacional– a los sindicatos, y la entronización de los consejos productivos de trabajadores –como instancias del poder popular– en los centros de trabajo.

3.1. Control sindical

La Constitución de la República de 1999³⁰, con el proclamado objetivo de erradicar, prácticas antidemocráticas³¹, atribuyó al CNE la potestad de organizar las elecciones de sindicatos y gremios profesionales (art. 293.6)³².

como sujetos del Derecho colectivo del trabajo, siempre que en el mismo ámbito no actuasen organizaciones sindicales.

²⁹ Informe de la Comisión de Encuesta OIT (caso Venezuela), párrs. 367 y 493, pp. 168 y 227, respectivamente.

³⁰ Aprobada mediante referendo de 15 de diciembre de 1999 y enmendada el 19 de febrero de 2009.

³¹ Stephany, Keta, “Declive del movimiento sindical venezolano”, *Miradas a la Venezuela del Siglo XXI. Temáticas, enfoques y evidencias*, T. II, Carlos Peña (compilador), Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2020, p. 331. Recuperado de: https://issuu.com/carlospena019/docs/libro_x_jornadas_ii_11_.

³² Por su parte, el CNE –en ejercicio de la potestad prevista en los arts. 293.6 de la Constitución de la República y 33.2 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, dictó las Resoluciones núms. 090528-0264 y 090528-0265, ambas del 28 de mayo de 2009, contentivas de *Normas sobre Asesoría Técnica y Apoyo Logístico en Materia de Elecciones Sindicales* y de *Normas para Garantizar los Derechos Humanos de los Trabajadores y Trabajadoras en las Elecciones Sindicales*, respectivamente.

Diagnóstico objetivo y tratamiento miasmático: en las entrañas de la promesa de un renovado y efectivo modelo democrático, como si se tratase de un caballo troyano, se agazapó –invisible a ojos ingenuos o ideológicamente amaestrados– una férrea maquinaria de control sindical.

Desde entonces es el poder electoral el que determina quiénes están legitimados para votar en elecciones sindicales, cómo y cuándo deben llevarse a cabo dichos procesos, y el momento a partir del cual los directivos electos podrán desempeñar sus funciones.

Para dejar en claro el poder devastador de la nueva maquinaria constitucional, el CNE –a solicitud de la Asamblea Nacional– convocó –mediante Resolución N° 001115-1979 de 15 de noviembre de 2000³³– un referéndum nacional con miras a la unificación del movimiento sindical y la suspensión o destitución de los dirigentes sindicales en funciones, lo cual implicaba –como lo advirtió categóricamente la Organización Internacional del Trabajo (OIT)³⁴– una gravísima injerencia en los asuntos internos de las organizaciones sindicales, incompatible con el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)³⁵.

De otro lado, comenzó a interpretarse que el retardo en la celebración de elecciones sindicales o *mora electoral* –a criterio del CNE– supondría la inhabilitación de la junta directiva para representar al sindicato en negociaciones o conflictos colectivos laborales. Esta fórmula de cuádrupleja sindical fue formalizada en el art. 128, único aparte del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 25 de abril de 2006, por cuya virtud “los miembros de la junta directiva de las organizaciones sindicales cuyo período para el cual fueron electos haya vencido [...] no podrán realizar, celebrar o representar a la organización sindical en actos jurídicos que excedan la simple administración”.

La norma reglamentaria transcrita fue reproducida en el art. 402 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (DLOTTT) de 30 de abril de 2012, agregándosele dos precisiones relevantes: de un lado, que la inhabilitación por mora electoral supone, en particular, la prohibición de presentar, tramitar, o acordar convenciones colectivas de trabajo, pliegos de peticiones con carácter conciliatorio o conflictivo, o actas convenio, y del otro, que la junta directiva con período vencido no puede sustituir a sus integrantes a través de mecanismos distintos al proceso electoral, ni modificar los estatutos para prorrogar su período.

Adicionalmente, el DLOTTT previó que las organizaciones sindicales deben notificar la “convocatoria del proceso de elecciones al Poder Electoral” –a fines de su publicación en la *Gaceta Electoral* (art. 405, único aparte)– y solici-

³³ Publicada en Gaceta Oficial N° 37.081 de 20 del mismo mes y año.

³⁴ Informe de la Comisión de Encuesta OIT (caso Venezuela), párr. 38, p. 21.

³⁵ En lo sucesivo, Convenio 87 OIT.

tarle, “si lo requieren”, “asesoría técnica y apoyo logístico” para la organización del proceso de votación (art. 405). A todo evento, el Poder Electoral resolverá cualquier controversia que surja con ocasión del referido proceso (art. 408) y publicará en la *Gaceta Electoral* los resultados del mismo (art. 407, último aparte).

En el mismo instrumento normativo se adicionó otro componente a la máquina de control sindical, esta vez dirigido a asegurar el manejo de la membresía sindical y, por tal virtud, el poder para decidir cuál sindicato ostenta –en cada ámbito– legitimación para negociar colectivamente y convocar a huelga. En efecto, se ordenó la creación del Registro Nacional de Organizaciones Sindicales (RNOS) al cual se atribuye el registro de la nómina de los afiliados a las organizaciones sindicales (art. 518.4 DLOTTT). En consecuencia, en caso de plantearse un conflicto en relación con la representatividad de dos o más sindicatos que pretendan negociar colectivamente o convocar a una huelga, corresponderá al RNOS dirimirlo con base en la información bajo su control exclusivo (arts. 437 y 454.b *eiusdem*).

Como era de esperar, se encendieron tempranamente las alarmas en Ginebra:

i. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT observó con preocupación –a partir del año 2000– que la Constitución venezolana planteaba problemas de compatibilidad con el Convenio 87 OIT; en particular, en lo referente a la gestión de los procesos electorales por parte del CNE;

ii. La Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia OIT, en junio de 2001, constató nuevamente graves divergencias entre la legislación nacional y las exigencias del Convenio 87 OIT, así como las disposiciones de la nueva Constitución que planteaban problemas de compatibilidad con el mismo; considerando que la situación se había deteriorado de forma grave –como se desprendía de las nuevas quejas recibidas por injerencias de las autoridades en relación con asuntos internos de los sindicatos– y exigiendo al Gobierno que se abstuviera de toda acción tendiente a imponer la unicidad sindical³⁶;

iii. A solicitud de la referida Comisión de Aplicación de Normas, se llevó a cabo –del 23 al 29 de enero de 2006– una misión de asistencia técnica de alto nivel que, entre otros aspectos, observó con preocupación que un gran número de organizaciones sindicales se encontraban en situación de *mora electoral*, reiterando la necesidad de establecer de manera expresa el carácter facultativo de la intervención del CNE en las elecciones sindicales³⁷;

iv. Las apuntadas violaciones a la libertad sindical fueron persistentemente objeto de observaciones por parte de la CEACR (2007, 2008, 2009, 2010,

³⁶ Informe de la Comisión de Encuesta OIT (caso Venezuela), párr. 39, p. 21.

³⁷ *Ibidem*, párr. 46, p. 23.

2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017), instándose al Gobierno a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que las organizaciones de empleadores y de trabajadores puedan ejercer sus actividades en un clima exento de violencia, intimidación y amenazas de cualquier tipo; recordando la necesidad de eliminar –entre otras normas transgresoras– lo concerniente a la obligación de comunicar al CNE el cronograma electoral, la publicación de los resultados electorales en la *Gaceta Electoral* como condición de validez, la *mora electoral* como causal de inhabilitación de las organizaciones sindicales, y la competencia atribuida al CNE para dirimir conflictos electorales³⁸; y

v. En el informe de 17 de septiembre de 2019, emanado de la Comisión de Encuesta designada por el Consejo de Administración OIT para analizar el incumplimiento por parte del Gobierno de los Convenios núms. 26, 87 144, constan, entre otros muchos datos relevantes, el carácter imperativo de la intervención del CNE en las elecciones sindicales –a pesar de la literalidad del art. 405 DLOTTT-, avalada por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, el Ministerio Público y la Inspección del Trabajo³⁹; la situación de *mora electoral* –en el año 2018– del 66% de los sindicatos registrados en el país⁴⁰; el escandaloso índice de incumplimiento del deber sindical –*ex* art. 388 DLOTTT– de actualizar ante el RNOS su nómina de afiliados (93,74% del total de organizaciones registradas en el año 2018)⁴¹; las irregularidades que afrontan las organizaciones no afines al Gobierno en los procesos ante el RNOS (negativa de recepción de solicitudes y documentos, ausencia de respuestas⁴², objeciones, y –en general– demoras⁴³ absolutamente injustificadas), las cuales evidencian “un control administrativo excesivo equiparable a la autorización previa”⁴⁴; la “injerencia en los procesos electorales para favorecer opciones sindicales afines al Gobierno y anular la capacidad de acción de sindicatos independientes”⁴⁵; y la conculcación, mediante el régimen de *mora electoral*, del derecho de las organizaciones sindicales a elegir sus dirigentes y organizar sus actividades y programas de acción⁴⁶.

En definitiva, la democracia sindical sirvió de justificación para ensamblar un mecanismo de control electoral en las organizaciones sindicales, integrado –básicamente– por el CNE y el RNOS. Así, las organizaciones no afines al Go-

³⁸ *Ibidem*, párr. 47, pp. 23 y 24.

³⁹ *Ibidem*, párrs. 169 y 481.ii y .iii, pp. 66 y 218, respectivamente.

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 176.b, p. 74.

⁴¹ *Ibidem*, párrs. 473 y 482, pp. 212 y 222, respectivamente.

⁴² *Ibidem*, párr. 479, p. 216.

⁴³ “[E]n la mayoría de los casos concretos de sindicatos que denunciaron injerencia del CNE, y en los que el CNE pudo probar que finalmente se certificó el proceso electoral, se produjo un alarmante retraso – hasta más de cuatro años”. *Ibidem*, párr. 481.viii, p. 220.

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 477, pp. 214 y 215.

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 481, p. 217.

⁴⁶ *Ídem*.

bierno –como destaca el informe de 17 de septiembre de 2019, proferido por la Comisión de Encuesta OIT (caso Venezuela)– deben surcar procesos electorales plagados de obstáculos que conducen, irremediablemente, a la *mora electoral* y, por tanto, a un estado de cuadriplejía. La aludida injerencia en los procedimientos electorales y de registro sindical “atentan contra la libertad sindical, pues vulneran la independencia de la que deben gozar las organizaciones al respecto, permiten favorecer a opciones afines al Gobierno y contribuyen a socavar el movimiento sindical independiente”⁴⁷.

3.2. *Estatización sindical*

A partir de 30 de enero de 2005⁴⁸, el entonces Presidente de la República, teniente coronel Hugo Chávez, estableció como objetivo fundamental de su gobierno la implantación progresiva de un modelo de producción socialista⁴⁹.

Dicho modelo –tal como lo consagró el Proyecto Nacional Simón Bolívar – Primer Plan Socialista del Desarrollo Económico y Social de la Nación para el período 2007-2013⁵⁰– habría de centrarse en “el trabajo con significado”, mediante “la eliminación de la división social, de la estructura jerárquica y de la

⁴⁷ Ibídem, párr. 483, p. 222.

⁴⁸ “[E]l capitalismo no se va a trascender por dentro del mismo capitalismo, no. Al capitalismo hay que trascenderlo por la vía del socialismo, por esa vía es que hay que trascender el modelo capitalista, el verdadero socialismo, la igualdad, la justicia”. *El futuro del norte es el sur. Discurso del presidente Chávez en el Foro Social Mundial. Rio Grande do Sul. 30 de enero de 2005*. Publicación del Ministerio de Comunicación e Información de la República Bolivariana de Venezuela, Caracas, p. 26. Recuperado de: <http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/downloads/2013/02/folletoeluturodelnorteelsur.pdf>.

⁴⁹ El Proyecto Nacional Simón Bolívar en su Primer Plan Socialista del Desarrollo Económico y Social de la Nación para el período 2007-2013, adoptado el septiembre de 2007, contempla la implantación de un *modelo de producción socialista* basado en “el trabajo con significado”, mediante “la eliminación de [su...] división social, de la estructura jerárquica y de la disyuntiva entre satisfacción de las necesidades humanas y la producción de riqueza subordinada a la reproducción del capital” (Presidencia de la República, 2007, p. 3).

Por su parte, el Segundo Plan Socialista del Desarrollo Económico y Social de la Nación para el período 2013-2019 (Presentado por el Pde. Nicolás MADURO ante la Asamblea Nacional el 28 de septiembre de 2013 y aprobado por esta mediante Acto Legislativo de 3 de diciembre del mismo año, publicado en Gaceta Oficial 6118 Ext. de 4 del mismo mes y año), considera a los empleadores privados y sus organizaciones como expresión del modelo de explotación capitalista que debe erradicarse para que emerja, como alternativa, el socialismo bolivariano del siglo XXI: “Continuar construyendo el socialismo bolivariano del siglo XXI, en Venezuela, como alternativa al sistema destructivo y salvaje del capitalismo...”.

⁵⁰ Contempla la implantación de un *modelo de producción socialista* basado en “el trabajo con significado”, mediante “la eliminación de [su...] división social, de la estructura jerárquica y de la disyuntiva entre satisfacción de las necesidades humanas y la producción de riqueza subordinada a la reproducción del capital”. Presidencia de la República, 2007, p. 3. Recuperado de: <http://www.mppp.gob.ve/wp-content/uploads/2018/05/Plan-de-la-Naci%C3%B3n-2007-2013.pdf>.

disyuntiva entre satisfacción de las necesidades humanas y la producción de riqueza subordinada a la reproducción del capital”.

Atendiendo a lo antes expuesto –y tal como había sido pronosticado⁵¹– en las entrañas del DLOTTT (2012) se introdujeron los *resortes* destinados a impulsar la transición a un modelo de producción socialista: el *proceso social de trabajo* tiene como objetivo esencial “superar las formas de explotación capitalista, la producción de bienes y servicios que aseguren nuestra independencia económica, satisfagan las necesidades humanas mediante la justa distribución de la riqueza y [...] lograr una sociedad justa y amante de la paz, basada en la valoración ética del trabajo y en la participación activa, consciente y solidaria de los trabajadores y las trabajadoras en los procesos de transformación social, consustanciados con el ideario bolivariano”⁵².

La aludida perspectiva colectiva del trabajo como instrumento estatal para la realización de sus objetivos entrañó el explícito cuestionamiento del régimen capitalista de producción y, como consecuencia de ello, de los clásicos poderes patronales de organización, dirección y disciplina; de la empresa como conjugación de los factores de la producción con fines de lucro; y del carácter autónomo de las organizaciones sindicales como representantes de intereses profesionales o de clase.

En lo que a este último aspecto refiere, cabe advertir que las organizaciones sindicales fueron concebidas –en el ámbito del DLOTTT– como sujetos destinados a proteger, defender y desarrollar los intereses del conjunto del pueblo, así como la independencia y soberanía nacional⁵³; destacando entre sus funciones “la producción y distribución de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades del pueblo”⁵⁴, y el “control y vigilancia sobre los costos y las ganancias, para que los precios de los bienes y servicios producidos sean justos para el pueblo”⁵⁵.

Dicha *estatización* reniega –por razones ideológicas– de la clásica función *reivindicativa* de los sindicatos⁵⁶, vulnerando el derecho de estos a organizar li-

⁵¹ Carballo Mena, César Augusto, “El anteproyecto de ley de propiedad social y su influjo sobre la reforma laboral”, *El Derecho venezolano hoy: visiones críticas. Homenaje al R.P. Fernando Pérez-Llantada, s.j.*, UCAB, Caracas, 2010, p. 384.

⁵² DLOTTT, art. 25.

⁵³ *Ibidem*, art. 365.

⁵⁴ *Ibidem*, art. 366.2.

⁵⁵ *Ibidem*, art. 366.3.

⁵⁶ “[L]os sindicatos no quieren tener nada que ver con el partido ni con el gobierno, quieren ser autónomos; es una especie de chantaje y resulta que entonces tenemos, hemos tenido y seguimos teniendo unos sindicatos como inodoros, insípidos [...] que pierden de vista la lucha histórica de la clase obrera por la Revolución, con el cuento de que son autónomos los sindicatos”. Chávez Frías, Hugo, *discurso pronunciado el 24 de marzo de 2007*. Recuperado de: http://www.elmilitantevenezuela.org/index.php?option=com_content&view=article&id=5802:declaracion-de-la-cmr-sobre-la-consigna-de-autonomia-sindical&catid=3&Itemid=100037.

brememente sus actividades y formular su programa de acción⁵⁷. Precisamente por ello, la CEACR ha señalado insistentemente al Gobierno venezolano la necesidad de “eliminar la imposición a las organizaciones sindicales de finalidades relacionadas con responsabilidades que son propias de las autoridades públicas (artículos 367 y 368 de la LOTTT)”⁵⁸.

Sin embargo, es de reseñar que la aludida incompatibilidad entre libertad sindical y atribución de funciones estatales a las organizaciones sindicales fue desestimada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia⁵⁹, alegando que las actividades sindicales –*ex art. 95 de la Constitución de la República*– deben someterse al soberano ordenamiento jurídico nacional:

“cualquier interpretación que conlleve a afirmar una concepción de comunidad internacional que negase o anule en su totalidad la soberanía, autonomía o integridad de la República o se constituya en un elemento que niegue los fines contenidos en la Constitución, debe descartarse, por cuanto las relaciones internacionales de la República deben responder a los fines del Estado contenidos en el Texto Fundamental, en función a consolidar el ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo”.

Se desliza, luego, un argumento ostensiblemente falaz conforme al cual la plena observancia de la autarquía sindical equivaldría al reconocimiento de un “derecho absoluto al margen o en contra del ordenamiento jurídico vigente”. Sería irracional –concluye el juzgador– “pretender que los convenios de la [...OIT]

En el mismo sentido: “el propio Presidente Chávez reabrió este debate al plantear en un discurso, que la autonomía sindical era un veneno heredado de la IV República y en consecuencia anunciaba batallar contra este importante criterio existente al interior de las organizaciones sindicales”. Chirinos, Orlando, *Independencia y autonomía del movimiento sindical*, p. 1. Recuperado de: <http://www.ildis.org.ve/website/administrador/uploads/PonenciaInterdependenciaOrlandoChirino.pdf>.

⁵⁷ “[L]os gobiernos no deberían tratar de transformar el movimiento sindical en un instrumento político y utilizarlo para alcanzar sus objetivos políticos”. Oficina Internacional del Trabajo, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, 6ª edición, OIT, Ginebra, 2018, párr. 724, p. 138.

“[D]isposiciones legales según las cuales «los sindicatos organizan y educan a los obreros y a los empleados [...] a fin de [...] defender el poder del Estado socialista», «los sindicatos movilizan y educan a los obreros y a los empleados para que [...] respeten la disciplina del trabajo», «organizan a los obreros y a los empleados llevando a cabo campañas de emulación socialista en el trabajo», y «los sindicatos educan a los obreros y a los empleados [...] a fin de reforzar sus convicciones ideológicas» [...] contribuyen necesariamente a limitar [...] el derecho de [los sindicatos a] organizar sus actividades, lo cual está en contradicción con los principios de libertad sindical [...Las] obligaciones así definidas que han de respetar los sindicatos impiden que se creen organizaciones sindicales independientes de los poderes públicos y del partido dirigente y que puedan dedicarse realmente a defender y promover los intereses de sus mandantes y no a reforzar el sistema político y económico del país”. *Ibidem*, párr. 733, p. 140.

⁵⁸ Informe de la Comisión de Encuesta OIT (caso Venezuela), párr. 47, p. 23.

⁵⁹ Sentencia 170 de 4 de junio de 2019.

deban interpretarse a favor del envilecimiento, la corrupción o la impunidad de actividades contrarias a derecho, y que no deban contextualizarse en el marco de la pertinencia de las normas constitucionales y los principios de progresividad de los derechos fundamentales”.

Con todo, la sentencia que se comenta reconoce que resultaría desproporcionado negar el registro de una organización sindical o autorizar su disolución por no consagrar estatutariamente los aludidos deberes estatales que la legislación le endilga.

3.3. *Sumisión sindical*

El proceso transicional hacia un modelo de producción socialista concibe a los *consejos de trabajadores* como instancias del *poder popular* y actores hegemónicos del sistema de relaciones laborales, a los que corresponde ejercer funciones contraloras sobre la gestión empresarial para asegurar el desarrollo productivo de la Nación y la satisfacción de las necesidades populares⁶⁰ ex arts. 7.6⁶¹ y 8.5 de la Ley Orgánica del Poder Popular⁶², 4.5 de la Ley Orgánica de las Comunas⁶³, 497 y 498 DLOTTT, 1, 5 y 12 de la Ley Constitucional de los Consejos Productivos de Trabajadoras y Trabajadores⁶⁴ (LCCPT).

La sujeción al *poder popular* y el ejercicio –monopólico– de funciones contraloras del proceso productivo permiten diferenciar nítidamente a los *consejos de trabajadores* –DLOTTT– o *consejos productivos de trabajadoras y trabajadores* –LCCPT– de las organizaciones sindicales que representan autárquica y libremente los intereses de clase de los trabajadores⁶⁵, tal como destacan enfáticamente los referidos arts. 498 DLOTTT y 17 LCPTT⁶⁶.

⁶⁰ Como manifestó un representante de la Central Bolivariana Socialista de Trabajadores y Trabajadoras de la Ciudad, el Campo y la Pesca: el objetivo de los CPT es “impulsar, elevar y controlar los procesos de producción, abastecimiento, comercialización y distribución de los bienes y servicios para satisfacer las necesidades de la población”. Informe de la Comisión de Encuesta OIT (caso Venezuela), párr. 183, p. 78.

⁶¹ Uno de los fines que se atribuye al Poder Popular es “vigilar que las actividades del sector privado con incidencia social se desarrollen en el marco de las normativas legales de protección a los usuarios y consumidores”.

⁶² 21 de diciembre de 2010, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinario de la misma fecha.

⁶³ Ídem.

⁶⁴ 30 de enero de 2018, publicada en la Gaceta Oficial N° 41.336 de 6 de febrero del mismo año.

⁶⁵ Arts. 95 CRBV, 2, 3 y 10 Convenio 87 OIT.

⁶⁶ La apuntada delimitación de atribuciones entre consejos de trabajadores y sindicatos ex arts. 498 DLOTTT y 17 LCCPT, pretende garantizar su coexistencia armónica durante la etapa de transición al modelo de producción socialista que dicha Ley apuntala. Obviamente, en la medida que el consejo de trabajadores amplíe su esfera de gestión en la entidad de trabajo, en la misma proporción declinarán las funciones tradicionales del sindicato, toda vez que la negociación de convenciones colectiva tenderá a ser sustituida por la aprobación de un *plan de gestión*, en términos análogos a los que rigen en las organizaciones socioproductivas previstas en la Ley

De conformidad con este último instrumento normativo, en cada entidad de trabajo -privada, pública, mixta⁶⁷ o comunal (art. 5)– deberá constituirse y funcionar, bajo la rectoría del ministerio del poder popular con competencia en materia de trabajo (art. 6), un *consejo productivo de trabajadoras y trabajadores* (CPT) conformado⁶⁸ por un número impar -entre tres y siete– de integrantes electos en asamblea –que organiza a discreción el ministerio del poder popular para el proceso social de trabajo– que deberán reflejar –por lo menos– los atributos⁶⁹ de *mujer, joven*⁷⁰ y *miliciano*⁷¹ (art. 7).

La potestad contralora sobre la gestión empresarial que se atribuye a dichas instancias (art. 12 *eiusdem*) comporta, en términos amplísimos, el derecho a información, fiscalización e iniciativa⁷² dentro del perímetro del proceso productivo, para lo cual sus integrantes gozan de ciertas garantías y facilidades, entre las que destacan goce de inamovilidad, licencia remunerada para el ejercicio de sus funciones, libre acceso a las diversas áreas del centro de trabajo, derecho a información patronal y estatal sobre el proceso productivo, e interlocución con trabajadores y organismos estatales competentes (arts. 15 y 16 *eiusdem*).

Orgánica del Sistema Económico Comunal (arts. 27.13, 28.2 y 30.3), y la gestión del conflicto colectivo devendrá cuestionada en tanto expresión de la tensión concreta entre los intereses de un grupo de trabajadores y los de la colectividad, representada por el consejo de trabajadores, criminalizándose incluso la eventual alteración del proceso productivo en términos análogos a los consagrados en el art. 76 *eiusdem*.

⁶⁷ Conformar consejos de trabajadores en empresas de propiedad social indirecta aparece como objetivo 2.2.2.35 del Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2013-2019 (Gaceta Oficial N° 6118 Ext. de 4 de diciembre de 2013).

⁶⁸ Como antecedente, cabe reseñar que mediante Decreto del Presidente de la República N° 2535 de 8 de noviembre de 2016 (N° 17 en el marco del Estado de Excepción y Emergencia económica), publicado en Gaceta Oficial N° 41026 de la misma fecha, se impuso la creación de consejos productivos de trabajadores en entidades públicas y privadas, en el ámbito de la Gran Misión Abastecimiento Soberano (art. 1), integrados así (arts. 3 y 4): tres trabajadores seleccionados por el Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo y sendos representantes de la juventud (seleccionado por el Ministerio del Poder Popular para la Juventud y Deporte), de la Unión Nacional de Mujeres (seleccionado por el Ministerio del Poder Popular para la Mujer y la Igualdad de Género), de la Milicia Bolivariana y de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (ambos seleccionados por el Ministerio del Poder Popular para la Defensa). La LCCPT ordenó renovar –dentro de los noventa días siguientes a su entrada en vigencia– los consejos productivos de trabajadores constituidos de conformidad con el referido Decreto N° 2535 de 8 de noviembre de 2016 (Disposición Transitoria Primera), el cual devino derogado (Única).

⁶⁹ Estos atributos pueden coincidir en una misma persona.

⁷⁰ Entre 15 y 35 años de edad.

⁷¹ Reflejando la idea de integración cívico-militar para la defensa integral de la Nación: objetivos 1.6.1.4-1.6.1.7 del Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2013-2019 (Gaceta Oficial N° 6118 Ext. de 4 de diciembre de 2013).

⁷² En particular se adjudica al consejo de trabajadores la potestad de: a) informar al patrono sus decisiones “a fin de que este adopte los correctivos necesarios o recomendaciones realizadas” (art. 12.3), y b) “proponer y hacer ejecutar las medidas preventivas y correctivas necesarias para evitar la ilegítima o ilegal paralización o afectación del proceso productivo” (art. 12.5).

En criterio de la Comisión de Encuesta OIT (caso Venezuela), la actividad de los CPT “podría socavar de manera importante el ejercicio de la libertad sindical”⁷³⁻⁷⁴, toda vez que revisten carácter obligatorio, incluyen como miembro a un miliciano, se someten a la rectoría del ministerio del poder popular para el proceso social de trabajo, sus miembros son electos en asamblea convocada por y con la presencia de un representante de dicho ministerio, ejercen amplias atribuciones y funciones que incluyen promover la cooperación de los trabajadores y coadyuvar al modelo socialista, y sus miembros gozan de relevantes prerrogativas tales como interlocución con organismos estatales, libre acceso a los lugares de trabajo, acceso a datos que debe suministrar el empleador, permisos remunerados obligatorios, y estabilidad reforzada⁷⁵.

Un ámbito concreto y trascendente de violación de la libertad sindical lo configura el ejercicio del derecho de huelga, toda vez que, de un lado, los CPT tienden a adversar cualquier paralización o afectación del proceso productivo que pudiese lesionar intereses populares⁷⁶⁻⁷⁷, y del otro, la tipificación –con excesiva latitud– del delito de *boicot* como cualquier conducta que impida la producción de bienes o la prestación de servicios⁷⁸, resulta en extremo próxima a –y, por ende, inhibitoria de– la huelga⁷⁹.

⁷³ Informe de la Comisión de Encuesta OIT (caso Venezuela), párr. 487, p. 224.

⁷⁴ “Dentro del paradigma gubernamental en el que se atribuyen a los sindicatos (y a las organizaciones patronales) funciones públicas en la consecución del proyecto político del Gobierno, la implantación de instituciones como los CPT amenaza con la progresiva erosión, desnaturalización o incluso desaparición de la función de fomentar y defender de forma independiente los intereses de sus miembros, que el Convenio núm. 87 consagra para las organizaciones de trabajadores y de empleadores”. *Ibidem*, párr. 491, p. 227.

⁷⁵ *Ibidem*, párr. 488, p. 225.

⁷⁶ LCCPT, art. 12.5.

⁷⁷ El Gobierno venezolano reconoció que “los CPT emitían informes sobre la producción y los problemas que la afectaban, para que el Gobierno nacional coadyuvase esfuerzos con el empleador (si se alegaba *boicot*, de haber indicios se derivaba a la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE) para que siguiera los respectivos procesos formales)”. Informe de la Comisión de Encuesta OIT (caso Venezuela), párr. 185, p. 80.

Por su parte, la Central Bolivariana Socialista de Trabajadores y Trabajadoras de la Ciudad, el Campo y la Pesca señaló “que en caso de huelga el CPT debería mantenerse al margen de la disputa, pero podría contribuir a hacer cumplir los protocolos establecidos para garantizar una paralización correcta y una reanudación cuanto antes de las labores”. *Ibidem*, párr. 183, p. 79.

Finalmente, algunas organizaciones sindicales denunciaron que “los CPT podían, impedir una huelga calificándola de *boicot* o marginalizar la actuación de las organizaciones sindicales”. *Ibidem*, párr. 182, p. 78.

⁷⁸ Art. 53 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos de 8 de noviembre de 2015, publicado en la Gaceta Oficial 40.787 de 12 del mismo mes y año.

⁷⁹ El caso núm. 2727 del Comité de Libertad Sindical OIT refiere a seis trabajadores de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) a los que se les formuló cargos por delito de *boicot* “por protestar en demanda de sus derechos laborales”. Informe de la Comisión de Encuesta OIT (caso Venezuela), párr. 54, p. 27.

En definitiva, a la luz del Convenio 87 OIT deberían adoptarse “todas las medidas necesarias para eliminar la imposición de instituciones o mecanismos de control que, como los Consejos Productivos de Trabajadores, puedan coartar en la legislación o en la práctica el ejercicio de la libertad sindical”⁸⁰.

4. TIEMPO DE ESCOMBRAR

*No puedes decir, ni imaginar porque sólo conoces
un montón de imágenes rotas*

T. S. Eliot, *La tierra estéril*

Antes de remover escombros, conviene preguntarse ¿qué reconstruir? y ¿por qué reconstruir?

Reconstruir la libertad sindical como manifestación de un sistema democrático de relaciones laborales. Solo la democracia reconoce la –natural y conveniente– coexistencia de intereses disímiles –o incluso, contrapuestos– en el seno de la sociedad y, por tanto, el derecho de los ciudadanos a organizarse para su promoción y defensa, erigiéndose así en “verdaderos sujetos políticos, que crean y estimulan la pluralidad y tolerancia política, fomentan el civismo y la educación política, colaboran en la legitimación del orden democrático [...], promueven la deliberación pública y suscitan la gobernanza”⁸¹.

Reconstruir la libertad sindical –y no rehabilitar automáticamente la concepción y régimen jurídico que antecedieron a su demolición– a partir de los principios contenidos en los Convenios núms. 87 y 98 OIT, esto es, garantizando el derecho a organizarse en la forma que se estime conveniente y sin autorización previa para fomentar y defender –mediante la negociación de convenios colectivos de trabajo, el ejercicio de la huelga, la participación en la gestión empresarial y el diálogo social– los intereses de trabajadores y empleadores, sin temor a sufrir por ello retaliaciones de especie alguna.

En este sentido, el informe de 17 de septiembre de 2019, emanado de la Comisión de Encuesta OIT (caso Venezuela), recomienda respetar la libertad sindical como base de un diálogo tripartito para la reconciliación nacional, el desarrollo económico sostenible y la justicia social⁸². Dicho objetivo supone –entre otros aspectos– adoptar medidas idóneas destinadas a asegurar:

⁸⁰ *Ibidem*, p. ix.

⁸¹ Daniel Cerdas-Sandí, “Derechos laborales colectivos y democracia. Una discusión a partir del concepto voz horizontal de Guillermo O’Donnell”, *Revista IUS*, vol. 12, núm. 48, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 2018. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/2932/293257825010/html/index.html#fn13>.

⁸² Informe de la Comisión de Encuesta OIT (caso Venezuela), pp. viii y 229.

i. “un clima desprovisto de violencia, amenazas, persecución, estigmatización, intimidación u otra forma de agresión, en el que los interlocutores sociales puedan ejercer sus actividades legítimas”⁸³; y

ii. “el pleno respeto de la autonomía de las organizaciones de empleadores y de trabajadores, en particular con relación al Gobierno o a partidos políticos”, y la supresión de “toda injerencia y favoritismo de las autoridades estatales”⁸⁴; lo cual entraña –entre otras medidas– asegurar que el registro de organizaciones sindicales no equivalga a una autorización previa, y eliminar tanto la figura de la mora electoral como cualquier institución o mecanismo de control –análogo a los consejos productivos de trabajadores– que puedan coartar el ejercicio de la libertad sindical⁸⁵.

En definitiva, barrer conscientemente escombros para allanar el terreno sobre el cual reconstruir, esta vez con convicción y bajo los criterios arquitecturales de la OIT, una libertad sindical que, lejos de engendrar prejuicios y prevenciones, engrane armónicamente en una sólida concepción de la democracia y garantice la eficaz tutela autárquica de los intereses de trabajadores y empleadores.

⁸³ *Ibidem*, párr. 497.1, p. 229.

⁸⁴ *Ibidem*, párr. 497.2, p. 230.

⁸⁵ *Ibidem*, párr. 497.2 (i, ii y iii), pp. 230 y 231.

APÉNDICES

Allan R. BREWER-CARIÁS*

APRECIACIONES CRÍTICAS SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y SU SUBYACENTE PROYECCIÓN AUTORITARIA

Se incluye en este Apéndice tres documentos críticos sobre la Constitución de 1999, ahora históricos, escritos en 1999 y 2000, y que son el testimonio de mis apreciaciones de entonces sobre la subyacente proyección autoritaria que tenía el texto constitucional.

El primero, fue la comunicación dirigida al Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente de fecha 18 de noviembre de 1999, anexándole mis Votos salvados al Proyecto de Constitución sancionado el 15 de noviembre de 1999, anunciándole no sólo que no firmaría el mismo sino que votaría No en el referendo aprobatorio de la misma.

El segundo, fue el texto del documento de 30 de noviembre de 1999, que sirvió de plataforma para mi campaña por el Voto NO para el referendo aprobatorio de la Constitución del 15 de diciembre de 1999.

Y el tercero, fue el texto de la conferencia que dicté sobre “Reflexiones críticas sobre la Constitución de 1999” en el Ciclo de Conferencias organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el 11 de mayo de 2000.

PRIMERO: RAZONES PARA “NO” FIRMAR EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN (18 DE NOVIEMBRE DE 1999)

*Este es el texto de la comunicación que dirigí al Presidente y demás miembros de la Asamblea Nacional Constituyente el 18 de noviembre de 1999, explicando las razones por las cuales no firmaría el Proyecto de Constitución.*¹

** Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela.

Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

¹ Véase el texto en Allan R. Brewer-Cariás, *Debate Constituyente (Labor en la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, 311-314.

Tengo el agrado de adjuntarle a la presente, en 286 páginas, copias de los 128 votos salvados en relación con la aprobación de 132 artículos del Proyecto de Constitución, que formulé tanto en *Primera* como en *Segunda discusión*, y que presenté sucesivamente y por escrito, conforme al artículo 77 del Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea, ante el Secretario de la misma.²

Usted es testigo del tiempo que le dediqué a los trabajos de la Asamblea, así como de las propuestas que formulé en diversas ocasiones para tratar de mejorar el texto constitucional. Hubiera querido que el mismo estuviese redactado en otra forma y, lo más importante, hubiera querido que en el texto se hubiesen sentado, efectivamente, las bases para la transformación del sistema político venezolano.

Sin embargo, el Proyecto de Constitución que ha aprobado la Asamblea, lamentablemente no asegura dicha transformación, de manera de garantizar el reemplazo del *Estado Centralizado de Partidos*, que está en crisis terminal, por uno *Descentralizado y Participativo*.

Siempre pensé que el gran debate del momento constituyente que vive el país era el relativo a la descentralización política y por la democracia participativa. Más democracia exigía y exige más descentralización, única forma de lograr que sea más representativa y más participativa. Para ello debíamos construir un nuevo modelo de Estado Descentralizado, con un nuevo sistema de democracia de participación, la cual no puede quedar reducida a referendos, que eliminara el monopolio de la representatividad y de la participación que detentan los partidos políticos.

Lamentablemente, nada de ello se logró. La nueva Constitución, a pesar de que denomina al Estado como Federal descentralizado, no pasa de consagrar el anhelo de siempre, no alcanzado. La verdad es que el texto aprobado no logra superar el esquema centralista de la Constitución de 1961, con Estados minimizados políticamente, sin recursos tributarios propios que se le quitaron en la *segunda discusión* y con entes legislativos regionales que no pasan de ser las Asambleas Legislativas tradicionales con otros nombres.

El centralismo del Estado, en todo caso, ahora aparece agravado con la eliminación del Senado, institución que podía permitir una representación igualitaria de los Estados para participar en la formulación de las políticas nacionales. Con una Asamblea Nacional Unicameral, los Estados poco poblados serán aplastados por la representación popular de los cinco o seis Estados densamente poblados del país que dominarán la Asamblea.

La descentralización política, como condición para el perfeccionamiento de la democracia, la verdad es que quedó pospuesta, defraudándose así al país en su conjunto. Por ello quiero manifestarle que en el referendo aprobatorio previsto

² Véase el texto de todos los Votos Salvados en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Labor en la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, 109-308.

para el 15 de diciembre, en conciencia, no puedo votar a favor de la nueva Constitución.

Pero no sólo no se superó el centralismo del Estado, sino que la Asamblea no cambió nada en relación con la partidocracia, es decir, el sistema en el cual los partidos políticos han ejercido el monopolio de la representación popular y de la participación política.

De acuerdo con el texto aprobado, la elección de las Juntas Parroquiales, Concejos Municipales y Comisiones Legislativas Estadales, seguirá realizándose mediante el sistema de representación proporcional, el cual conduce, inexorablemente, a la sola representación de partidos políticos, los cuales podrán así seguir mediatizando la voluntad popular. La Asamblea no quiso introducir la elección uninominal a nivel local y asegurar la efectiva representatividad popular territorial por la que tanto se ha clamado.

En esta forma, el gran cambio político por el cual hemos venido luchando tantos años, no ha encontrado cabida en la nueva Constitución, por lo que con ella difícilmente podrá superarse la crisis del Estado Centralizado de Partidos y llegar a perfeccionarse la democracia, lo que sólo puede lograrse con un sistema político descentralizado y participativo, que ha quedado ausente de la Constitución.

Por todo ello, no puedo votar en el referéndum del 15 de diciembre a favor de esta Constitución, llena de *centralismo, partidocracia, autoritarismo, militarismo y estatismo*.

Y es que al centralismo y a la partidocracia, en la nueva Constitución se agrega una concepción fuertemente estatista del sistema socio económico, contrario a toda idea de libertad y solidaridad social, en el cual el Estado sustituye a la propia Sociedad y a las iniciativas particulares. El signo de la Constitución aprobada es el paternalismo estatal que minimiza la educación privada, los servicios médicos particulares y la participación de los individuos, incluso los asegurados, en el manejo de la seguridad social. Yo no fui electo para formar parte de una Asamblea Constituyente para constitucionalizar los fracasos del Estado en el Seguro Social ni en los servicios públicos de salud, ni para reducir las iniciativas privadas en la educación. Por eso no puedo votar afirmativamente por la nueva Constitución.

Por último, la Asamblea Nacional Constituyente debía refundar la República y establecer un nuevo orden político. Ello tiene que conducir a la elección de todas las autoridades públicas de acuerdo a la nueva Constitución. En el país, en las actuales circunstancias constituyentes, no hay que relegitimar a nadie; lo que hay es que elegir legítimamente a los nuevos mandatarios, y representantes previstos en la Constitución; y si el actual Presidente de la República quiere postularse para ocupar de nuevo el cargo, tiene todo su derecho a hacerlo pero confrontándose electoralmente en una elección. No se puede pretender mezclar con el referéndum aprobatorio de la Constitución, un plebiscito para que lo ratifiquen sin elección.

Por supuesto no me arrepiento de haber formado parte de la Asamblea, donde hice mi mejor esfuerzo por cumplir a cabalidad el mandato popular que me confiaron más de un millón doscientos mil electores. Pero no puedo votar por una Constitución que, en definitiva, *cambia un centralismo por otro; cambia una partidocracia de unos partidos por otros; acentúa el estatismo y mezcla el presidencialismo con el militarismo*. Ese no es el cambio político por el cual luché y por el cual seguiré luchando.

Todas estas razones me impiden, en conciencia, asistir a la Sesión de la Asamblea fijada para el día de mañana (19-11-99) destinada a la firma, por los Constituyentes del Proyecto de Constitución; decisión que, mediante la presente, le estoy notificando formalmente con el ruego de que esta comunicación sea leída, por Secretaría, en dicha Sesión.

Personalmente quiero agradecerle todo el apoyo que recibí de Ud. en los trabajos constituyentes; y reconocerle la forma justa como llevó la dirección de los debates durante las sesiones de la Asamblea. Asimismo por su intermedio, quiero agradecer a todos los miembros de la Asamblea y al personal de los servicios de apoyo, la colaboración prestada en los trabajos constituyentes.

SEGUNDO: RAZONES DEL VOTO “NO” EN EL REFERÉNDUM
APROBATORIO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999
(30 DE NOVIEMBRE DE 1999)

Al concluir el proceso de redacción del proyecto de Constitución, elaboré un documento con mis reflexiones iniciales sobre el mismo, rechazándolo, y que fue el texto de mi plataforma en la campaña para el voto NO en el referendo aprobatorio de la Constitución que tuvo lugar el 15 de diciembre de 1999.³

Unas semanas después elaboré con base en el dicho documento, el trabajo con el título de “Reflexiones críticas sobre la Constitución de 1999,” que se publica en el Apéndice tercero.

A continuación, por tanto, y para evitar repeticiones, sólo incluyo lo que fue la introducción y la conclusión del documento de noviembre de 1999 que se refería al Proyecto de Constitución.

1. *El proyecto de Constitución o la frustración del necesario cambio político*

La Asamblea Nacional Constituyente, creada por el referéndum del 25 de abril de 1999, tenía por misión elaborar una nueva Constitución para la República

³ Véase el texto el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Labor en la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, 315-340

que transformara el Estado y creara un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa. Para ello se eligieron los miembros de la Asamblea el 25 de julio de 1999.

Esa creación de la Asamblea y la elección de sus miembros, sin duda, respondió a las exigencias del momento constituyente que vive el país, producto de la crisis terminal del sistema político de Estado Centralizado de Partidos que había que cambiar, para permitir el perfeccionamiento y sobrevivencia de la democracia.

Esa crisis del sistema de Estado Centralizado de Partidos, montado sobre el Centralismo Estatal y la Democracia de Partidos, en la cual estos han ejercido el monopolio de la participación y de la representatividad, exigía de la Asamblea su transformación en un sistema de Estado Descentralizado y Participativo, montado al contrario del que hemos tenido, sobre la descentralización política del Poder Público en el territorio y sobre la participación popular, para quitarle a los partidos el monopolio de la participación y representatividad democrática.

En esto consistía la misión de la Asamblea: por una parte, transformar el Estado para hacerlo más democrático, desmontando el centralismo y construyendo un Estado descentralizado; y por la otra, crear un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, que incorporara a la sociedad civil al proceso político, económico y social y asegurara la participación de todos en la conducción del Estado.

Ahora bien, concluidas las sesiones de la Asamblea con la elaboración del Proyecto de Constitución y sometido éste a referéndum aprobatorio fijado para el 15 de diciembre de 1999, resulta necesario e indispensable determinar si dicho proyecto responde a las exigencias de transformación política determinadas en el referéndum del 25 de abril de 1999, y por sobre todo, si la “*transformación del Estado*” y el “*nuevo ordenamiento jurídico*” que se propone, contribuyen a superar la crisis del sistema de Estado Centralizado de Partidos y a estructurar, en su lugar, ese sistema de Estado Descentralizado y Participativo que permita el mantenimiento de la democracia.

La conclusión de dicha evaluación, evidentemente, es que el Proyecto de Constitución no asegura ni sienta las bases para asegurar dicha transformación del sistema político y, al contrario, consolida tanto el centralismo estatal imperante, dando marcha atrás, incluso, al proceso de descentralización que se había iniciado en 1989; como el partidismo, al reiterar el sistema electoral de representación proporcional como el único de rango constitucional, lo cual asegura el monopolio de la representatividad por los partidos políticos y sus agentes; y la tendencia a la ilegitimidad democrática al mantener la mayoría relativa para la elección de las autoridades ejecutivas.

En consecuencia, lo que era la tarea esencial de la Asamblea, consistente en perfeccionar la democracia mediante la transformación del Estado (de Estado Centralizado a Estado Descentralizado) y la creación de un nuevo ordenamiento

jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa (de Estado de Partidos a Estado de participación), no se logró en el Proyecto de Constitución, habiéndose, en consecuencia, perdido una oportunidad histórica única, pues convocar a una Asamblea Nacional Constituyente en democracia, no es un hecho político común, más bien excepcionalísimo como lo demuestra nuestra historia político-constitucional.

En todo caso, ante un Proyecto de Constitución que no resuelve el problema central y medular de la crisis política para perfeccionar la democracia, no podemos tener otra actitud que no sea votar NO, es decir, negativamente en el referéndum del 15 de diciembre de 1999. La verdad es que la crisis no se resuelve ni votando SI ni votando NO, porque la Constitución no se diseñó para sentar las bases del cambio político democrático, por lo que es preferible que continúe el proceso político como viene, con unos representantes de los Poderes Públicos electos hace un año, tanto el Presidente de la República como los Senadores y Diputados a nivel nacional y los Gobernadores y Diputados a las Asambleas Legislativas a nivel estatal, autoridades a quienes sólo quedan cuatro años de los cinco años de mandato, que deben concluir.

En ese período, por supuesto, debe procederse a la reforma de la Constitución, sea conforme al procedimiento previsto en la Constitución de 1961 la cual por supuesto, continúa vigente; sea mediante otra Constituyente, tarea para lo cual hay suficientes ideas, propuestas y aportes en el país derivados del proceso constituyente que ha transcurrido.

El triunfo del NO en el referéndum, por tanto, lo único que asegura es que el período constitucional del Presidente de la República es de cinco años, del cual ya ha transcurrido un año, sin que pueda haber reelección; e igual período constitucional tienen los Senadores y Diputados del Congreso Nacional. Con el triunfo del NO, la Asamblea Nacional Constituyente termina su mandato, y el Congreso asume plenamente sus funciones, no pudiendo la Asamblea ni el Presidente de la República, pretender usurparle sus atribuciones. En cuanto a los otros órganos del Poder Público también reasumirían plenamente sus funciones, como el Consejo de la Judicatura, continuando con toda intensidad las reformas iniciadas para lo cual la legislación vigente, aprobada hace un año, le da todo el poder necesario.

En cambio, el triunfo del SI en el referéndum conduciría a la aprobación de una Constitución que no sólo no contribuye a superar la crisis del centralismo del Estado y del Estado de Partidos, sino más bien la agrava, y con ello el peligro del derrumbe de la democracia; sino que sienta las bases constitucionales para el desarrollo de un autoritarismo político, montado sobre regulaciones que refuerzan el centralismo, el presidencialismo, el estatismo, el paternalismo de Estado, el partidismo y el militarismo.

Este es el cuadro político que hay que evitar y cuyo contenido analizamos a continuación, estudiando las principales regulaciones previstas en el Proyecto de Constitución que justifican nuestro voto negativo en el referéndum; lo que

haremos analizando los tres elementos centrales que conforman cualquier Constitución: la Constitución política; la Constitución social o del ciudadano y la Constitución económica.

[...] [...]

2. *Apreciación general: el proyecto de Constitución debe ser rechazado por estar concebido para el autoritarismo, el paternalismo estatal, el populismo y el estatismo insolvente*

Las anteriores son las razones en las cuales nos fundamentamos para votar NO en el referéndum constitucional del 15 de diciembre, y que se refieren a los aspectos esenciales del Proyecto de Constitución, tanto en la Constitución política, la Constitución social y la Constitución económica que contiene.

En efecto, en cuanto a la *Constitución política* en el Proyecto de Constitución, cuando se analiza globalmente, particularmente en los elementos antes mencionados, pone en evidencia un esquema institucional para el autoritarismo, que deriva de la combinación del centralismo de Estado, del presidencialismo exacerbado, de la partidocracia y del militarismo que constituyen los elementos centrales diseñados para la organización del Poder del Estado.

Esa no es la Constitución política que la democracia requería para su perfeccionamiento, y que al contrario, debía haber estado montada sobre la descentralización del poder, un presidencialismo controlado, la participación política y la sujeción de la autoridad militar a la civil. Con ese esquema no podemos estar de acuerdo, y de allí nuestro voto negativo el 15 de diciembre de 1999.

Por su parte, en cuanto a la *Constitución social*, en el Proyecto, al enumerar el elenco de derechos humanos y de garantías y obligaciones estatales, analizada globalmente, lo que muestra es un marginamiento de la sociedad y de las iniciativas particulares, haciendo recaer sobre el Estado todas las obligaciones imaginables, imposible de cumplir. Es una Constitución concebida para el paternalismo, lo que se traduce en populismo.

Esa no es la Constitución social que se requería para fundar una democracia social y participativa, para lo cual debió haber revalorizado la participación de todas las iniciativas privadas en los procesos educativos, de salud y de seguridad social, como actividades en las cuales tiene que existir una corresponsabilidad entre el Estado y la Sociedad.

Por último, el Proyecto de Constitución, en su componente de Constitución económica, completa el cuadro paternalista de la Constitución social, inclinando el régimen constitucional hacia el Estado en lugar de hacia la iniciativa privada, originando un estatismo exagerado, con el riesgo de multiplicación de una voracidad fiscal incontrolable concebida para aplastar al contribuyente, al cual no se protege constitucionalmente.

Esa no es la Constitución económica que se requería para fundar la política de desarrollo económico que requiere el país, que tiene que apuntar hacia la creación de riqueza y empleo y que el Estado es incapaz de lograr sin la decisiva participación de las iniciativas privadas, que lejos de ser perseguidas, deben ser protegidas e incentivadas.

TERCERO: REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 (11 DE MAYO DE 2000)

Este fue el texto de la Ponencia que elaboré para la conferencia que dicté sobre “Apreciación General sobre la Constitución de 1999,” en el Ciclo de Conferencias sobre la Constitución de 1999, organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el 11 de mayo de 2000.⁴ Su redacción fue producto de un proceso de aproximaciones sucesivas, con ocasión de diversas conferencias que di apenas la Constitución entró en vigencia, y entre ellas: la conferencia sobre “La reforma constitucional en Venezuela y la Constitución de 1999”, en el Simposio sobre Challenges to Fragile Democracies in the Americas: Legitimacy and accountability, que se organizó en la Faculty of Law, University of Texas, Austin, el 25 de febrero de 2000;⁵ la conferencia sobre Reflexiones Críticas sobre la Constitución de 1999, en el Seminario Internacional: El Constitucionalismo Latinoamericano del Siglo XXI en el marco del LXXXIII Aniversario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 31 de enero de 2000; y sobre “Reflexiones Críticas y Visión General de la Constitución de 1999,” en la Sesión inaugural del Curso de Actualización en Derecho Constitucional, Aula Magna de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 9 de febrero de 2000; y sobre “La nueva Constitución de Venezuela del 1999,” Centro Internazionale per lo Studio del Diritto Comparato, Facoltà di Giurisprudenza, Facoltà de Scienze Politiche, Università degli Studi di Urbino, Urbino, Italia, el 10 de marzo de 2000.

I. LA CONSTITUCIÓN DE 1999 O LA FRUSTRACIÓN DEL NECESARIO CAMBIO POLÍTICO

La Asamblea Nacional Constituyente, creada por el referéndum del 25 de abril de 1999, tenía por misión elaborar una nueva Constitución para la República de Venezuela que, en democracia, transformara el Estado y creara un nuevo orde-

⁴ Publicado en el libro: *en el libro: La Constitución de 1999*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 14, Caracas 2000, pp. 63-88.

⁵ Un resumen de esa conferencia se recogió en: “Statement” (Constitution making process and the 1999 Constitution in Venezuela), en el Symposium on “Challenges to Fragile Democracies in the Americas: Legitimacy and accountability,” en *Texas International Law Journal*, University of Texas at Austin, Volume 36, Austin 2001, pp. 333-338.

namiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa. Con ese fin se eligieron los miembros de la Asamblea el 25 de julio de 1999.

La creación de la Asamblea y la elección de sus miembros, sin duda, respondió a las exigencias del momento constituyente que vive el país, producto de la crisis terminal del sistema político de Estado Centralizado de Partidos establecido a partir de los años cuarenta y reestablecido en 1958, que había que cambiar, para permitir el perfeccionamiento y sobrevivencia de la propia democracia.

La crisis del sistema de Estado Centralizado de Partidos, montado sobre el Centralismo Estatal y la Democracia de Partidos, en la cual estos han ejercido el monopolio de la participación y de la representatividad, exigía de la Asamblea la transformación de dicho Estado Centralizado de Partidos en un sistema de Estado Descentralizado y Participativo, montado al contrario del que hemos tenido, sobre la descentralización política del Poder Público en el territorio y sobre la participación popular.

La misión de la Asamblea consistía: por una parte, en transformar Estado para hacerlo más democrático, mediante la desarticulación del centralismo y la construcción de un Estado descentralizado; y por la otra, en la creación de un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, que incorporara a la sociedad civil al proceso político, económico y social y asegurara la participación de todos en la conducción del Estado.

Ahora bien, concluidas las sesiones de la Asamblea para la elaboración del Proyecto de Constitución, éste fue aprobado mediante referéndum el 15 de diciembre de 1999, con una votación afirmativa del 71% de los votos (29% de votos negativos), pero con una abstención del 55%, lo que significa que la Constitución fue aprobada por sólo el 30% de los venezolanos con derecho a voto.

En todo caso, al estar en vigencia (a partir del 30 de diciembre de 1999) la nueva Constitución, es necesario e indispensable determinar si dicho texto responde a las exigencias de transformación política determinadas en el referéndum del 25 de abril de 1999 y, por sobre todo, si la “*transformación del Estado*” y el “*nuevo ordenamiento jurídico*” que contiene contribuyen a superar la crisis del sistema de Estado Centralizado de Partidos y a estructurar, en su lugar, un sistema de Estado Descentralizado y Participativo que pudiera permitir el mantenimiento de la democracia.

En nuestro criterio y como conclusión de dicha evaluación, la nueva Constitución no asegura ni sienta las bases para dicha transformación del sistema político y, al contrario, consolida tanto el centralismo estatal imperante, lo que da marcha atrás, incluso, al proceso de descentralización que se había iniciado en 1989; como el partidismo, al reiterar el sistema electoral de representación proporcional como el único de rango constitucional, lo cual asegura el monopolio de la representatividad por los partidos políticos y sus agentes; y la tendencia a la

ilegitimidad democrática al mantener la mayoría relativa para la elección de las autoridades ejecutivas.

En consecuencia, la tarea esencial de la Asamblea, que consistía en perfeccionar la democracia mediante la transformación del Estado (de Estado Centralizado a Estado Descentralizado) y en crear de un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa (de Estado de Partidos a Estado de participación), no se logró en la nueva Constitución, y se perdió, en consecuencia una oportunidad histórica única, pues convocar a una Asamblea Nacional Constituyente en democracia, no es un hecho político común, es más bien excepcionalísimo como lo demuestra nuestra historia político-constitucional.

En efecto, hemos tenido momentos constituyentes como este, en nuestra historia constitucional en situaciones similares de ruptura del proceso político, por su agotamiento y la necesidad de su cambio radical y en ellos las Asambleas Constituyentes, siempre han jugado un rol decisivo pero establecidas como consecuencia de una revolución o una guerra y nunca electas pacíficamente en democracia. En efecto, el primer período de nuestra historia constitucional se inició en 1811 con el Congreso Constituyente que declaró la Independencia de España y se reconstituyó en 1830, después de las guerras de Independencia y la desaparición de Venezuela como República por su unión a los pueblos de Colombia. Ese período de la formación del Estado concluyó abruptamente con las guerras federales y la Asamblea Constituyente de 1863 la cual estableció las bases constitucionales de un nuevo sistema estatal; el del Estado Federal. Este segundo período político, de nuevo concluyó abruptamente luego de su crisis terminal, con la Revolución Liberal Restauradora en 1899 y la Asamblea Constituyente de 1901 que diseñó un cambio radical en el sistema político-estatal, dando paso a un Estado Centralizado y Autocrático que se consolidó durante la primera mitad del Siglo XX. De nuevo este tercer período político de nuestra historia constitucional concluyó abruptamente con la Revolución de octubre de 1945 y la Asamblea Constituyente de 1946 que diseñó el sistema político democrático de Estado Centralizado el cual, después de un interregno militar (1948-1958), se consolidó durante los últimos cuarenta años de centralismo de Estado y democracia de partidos. Este es el sistema cuya crisis terminal exigía un cambio radical que debía diseñar la Asamblea Constituyente de 1999, pero en democracia y sin ruptura constitucional. Si la Constitución de 1999 es, en efecto, la primera de un quinto período de nuestra historia política o la última del cuarto período mencionado, eso sólo lo dirá la historia. Lo que sí podemos ahora evaluar es la magnitud del cambio político que se esperaba con la nueva Constitución.

Lo cierto, es que en efecto, la nueva Constitución no resuelve el problema central y medular de la crisis política para perfeccionar la democracia, pues no se diseñó para sentar las bases del cambio político democrático. Su aprobación no sólo no contribuye a superar la crisis del centralismo del Estado y del Estado de Partidos, -más bien la agrava-; sino que sienta las bases constitucionales para

el desarrollo de un autoritarismo político, que se monta sobre regulaciones que refuerzan el centralismo, el presidencialismo, el estatismo, el paternalismo de Estado, el partidismo y el militarismo; con el peligro del derrumbe de la propia democracia.

Este es el cuadro político que nos deja la nueva Constitución, cuyo contenido analizamos a continuación, mediante el estudio de las principales regulaciones que contiene; lo que haremos analizando los tres elementos centrales que conforman cualquier Constitución: la Constitución política; la Constitución social y la Constitución económica.

II. EL PROBLEMA DE UNA CONSTITUCIÓN POLÍTICA CONCEBIDA PARA EL AUTORITARISMO

Toda Constitución política tiene por objeto la organización del Poder Público, como potestad constitucional del Estado y, en consecuencia, la organización misma del Estado.

En cualquier Constitución, esta organización está signada por diversas opciones: primero, la derivada de la distribución del Poder Público, lo que origina Estados Unitarios o Estados Descentralizados; y segundo, la que provoca la separación de poderes, lo cual origina la unicidad o la pluralidad de los Poderes; característica esta última de los sistemas democráticos, montados sobre la separación, balance y contrapeso de los Poderes del Estado.

Además, la Constitución política diseña el sistema político con opción entre la autocracia y la democracia, según que la soberanía resida en un autócrata o efectivamente en el pueblo.

Ahora bien, en relación con la Constitución de 1999 y desde el punto de vista de la Constitución política, a continuación queremos destacar las regulaciones que, en nuestro criterio, contienen aspectos negativos en relación con el perfeccionamiento de la democracia y que pesan más que las razones que podrían hacer que dicha Constitución merezca nuestra aprobación, referidas a la formal consolidación de principios del Estado de Derecho y de Justicia, con excelentes mecanismos de control de constitucionalidad y de reforma judicial. Estos, lamentablemente, corren el riesgo de quedar inutilizados dado los elementos de autoritarismo y concentración del poder que se derivan de otros aspectos del texto aprobado, a los cuales nos referimos a continuación.

1. *El nuevo nombre de la “República Bolivariana de Venezuela” y su carácter partisano*

La nueva Constitución pretende, ante todo, en su primer artículo, cambiarle el nombre a la “República de Venezuela” y sustituirlo por el de “República Bolivariana de Venezuela”.

El nombre de República de Venezuela, en verdad, nos ha acompañado durante toda nuestra historia política constitucional desde 1811 cuando se constituyó la Confederación de Estados de Venezuela, con la sola excepción del período constitucional que transcurrió desde el Congreso de Angostura, en 1819 y la reconstitución de la República de Venezuela por la Convención de Valencia de 1830. En 1819, y luego en 1821, en efecto, el Libertador hizo sancionar por el Congreso, las Leyes de la Unión de los Pueblos de Colombia con las cuales se decretó la desaparición de la República de Venezuela, lo que se consolidó en 1821 cuando la Constitución de Cúcuta estableció la “República de Colombia” cuyo territorio comprendió tanto el de la antigua Capitanía General de Venezuela como el del antiguo Virreinato de Nueva Granada. Con ello se hizo realidad parte de lo que había sido el sueño del Libertador en cuanto a la unión de los pueblos de América.

Históricamente, la idea de la República Bolivariana, apunta a una organización política que implicó la desaparición de Venezuela como Estado, por lo que bajo dicho ángulo, el cambio de nombre es totalmente inadmisibles y contrario a la idea de independencia de nuestro país. En todo caso, sería demasiado torpe y necio pensar que la motivación del cambio de nombre propuesto, el cual aún no ha sido justificado, respondió a esa idea de desaparición de la República de Venezuela.

Pero igualmente necio y torpe sería el que se pretendiera fundamentar el cambio de nombre en algún afán romántico de evocar el pensamiento y la acción del Libertador, en la formación de nuestra República. Para ello hubiera bastado con hacer esa indicación tanto en el Preámbulo como en el artículo 1º, como se aprobó en la primera discusión.

El cambio de nombre, por tanto, tiene que tener otra explicación y esa no es otra que una motivación política, partidaria, partisana o partidista, que se deriva de la denominación inicial del Movimiento político que estableció y preside el Presidente de la República, Hugo Chávez y que, como partido político, pretendió funcionar con el nombre de Movimiento Bolivariano 200. El partido del Presidente de la República, en efecto, es el “partido bolivariano” y es por ello que se pretende imponerlo como nombre de la República. Ello, en nuestro criterio, debe ser rechazado, no sólo por ser antibolivariano (no se olvide que el último grito del Libertador, en la víspera de su muerte, fue por que cesaran los partidos) sino porque pretende consolidar, desde el primer artículo de la Constitución, la división del país, entre bolivarianos y los que no lo son; entre patriotas y realistas; entre buenos y malos; entre puros y corruptos; entre revolucionarios y antirrevolucionarios; y todo ello mediante la manipulación de la historia y los sentimientos populares con el control del Poder.

2. *La burla al proceso de descentralización: el Estado Federal Descentralizado con un marco centralista y la eliminación del Senado*

Uno de los grandes cambios políticos que ha debido propugnar la nueva Constitución era transformar definitivamente la Federación Centralizada que hemos tenido durante los últimos cien años por una Federación Descentralizada, con una efectiva distribución territorial del poder hacia los Estados y Municipios. En tal sentido debía apuntar la reforma constitucional, no sólo al concebirse la forma del Estado como un Estado Federal Descentralizado (art. 4), sino al preverse a la descentralización política de la Federación como una política nacional de carácter estratégico (art. 158).

Sin embargo, el resultado final del esquema constitucional aprobado de distribución territorial del poder no ha significado ningún avance sustancial respecto del proceso de descentralización que venía avanzando durante la última década en el país, al amparo de la Constitución de 1961 y en ejecución de la Ley Orgánica de Descentralización de 1989; y más bien, en muchos aspectos, ha significado un retroceso institucional. Por ello, la denominación de “Estado Federal Descentralizado”, en definitiva, no pasa de ser nominal y continua el mismo “desiderátum” inserto en la Constitución de 1961, hacia el cual se puede apuntar.

En este caso, incluso, el régimen se concibe en forma contradictoria, pues institucionalmente se limita en forma amplia la autonomía de los Estados y Municipios, al remitirse su regulación a la Ley, (lo que es contrario a lo que debe ser la garantía constitucional de dicha autonomía), y se lesiona la igualdad de los Estados al eliminarse el Senado (y crearse una Asamblea Nacional Unicameral) y con ello, la posibilidad de la participación política igualitaria de los Estados en la conducción de las políticas nacionales.

En efecto, en la Constitución se ha establecido una organización unicameral de la proyectada Asamblea Nacional (art. 186) que no sólo rompe una tradición que se remonta a 1811, sino que es contradictoria con la forma federal del Estado, que exige una Cámara Legislativa con representación igualitaria de los Estados, cualquiera que sea su población, y que sirva de contrapeso político a la cámara de representación popular, según la población del país. La “eliminación” del Senado o Cámara Federal es, por tanto, un atentado contra la descentralización política efectiva, al extinguir el instrumento para la igualación de los Estados en el tratamiento de los asuntos nacionales en la Asamblea Nacional; y además, un retroceso tanto en el proceso de formación de las leyes nacionales, como en el ejercicio de los poderes de control parlamentario sobre el Ejecutivo.

Por otra parte, como indicamos, la autonomía de los entes territoriales, (Estados y Municipios), exige su garantía constitucional, en el sentido de que no puede ser limitada por ley nacional posterior. De ello se trata al establecerse una distribución constitucional del Poder en el territorio.

En la nueva Constitución, sin embargo, la regulación del funcionamiento y la organización de los Consejos Legislativos Estadales se remite a la ley nacional (art. 162), lo cual además de contradictorio con la atribución de los Estados de dictarse su Constitución para organizar sus poderes públicos (art. 164, ord. 1), es una intromisión inaceptable del Poder Nacional en el régimen de los Estados.

En cuanto a los Municipios, la autonomía municipal tradicionalmente garantizada en la propia Constitución también se encuentra interferida, al señalarse que los Municipios gozan de la misma, no sólo “dentro de los límites” establecidos en la Constitución, sino en la ley nacional (art. 168), con lo cual el principio descentralizador básico, que es la autonomía, queda minimizado.

Por otra parte, en cuanto a la distribución de competencias entre los entes territoriales, el proceso de descentralización exigía, ante todo, la asignación efectiva de competencias tributarias a los Estados, sobre todo en materia de impuestos al consumo, como sucede en casi todas las Federaciones. Se abandonaron los avances que el Proyecto de Constitución tenía en esta materia en la primera discusión y en la segunda discusión se le quitaron a los Estados todas las competencias tributarias que se le habían asignado, con lo que se retrocedió al mismo estado que actualmente existe en la Constitución de 1961. En esta forma, los Estados siguen dependientes del aporte financiero nacional (Situado Constitucional), el cual puede incluso disminuirse, además de que se le fijó un tope máximo (20% de los ingresos nacionales) que en la Constitución de 1961 no tenía (sólo había un mínimo); y si bien se crea en la Constitución el Consejo Federal de Gobierno (art. 185) como órgano intergubernamental, su organización por ley nacional, puede conducir a su control por los órganos nacionales.

Conforme a lo anterior, en líneas generales no se logró superar el esquema de Federación Centralizada de la Constitución de 1961 en la nueva Constitución, y si bien se habla de descentralización, sigue siendo un desiderátum, no actualizado.

La gran reforma del sistema político, necesaria e indispensable para perfeccionar la democracia, en todo caso, era desmontar el centralismo del Estado y distribuir el Poder Público en el territorio; única vía para hacer realidad la participación política. Ello, sólo, justificaba el proceso constituyente; ello, sin embargo, se pospuso y con ello, se perdió la gran oportunidad de comenzar a sustituir el Estado Centralizado por un Estado Descentralizado.

La Asamblea Constituyente, para superar la crisis política, ha debido diseñar la transformación del Estado, mediante la descentralización del poder, y sentar las bases para acercarlo efectivamente al ciudadano. Al no hacerlo, la nueva Constitución ni transformó el Estado ni dispuso lo necesario para hacer efectiva la participación.

3. *La representación proporcional y la supervivencia de la partidocracia*

En la nueva Constitución tampoco se atacó el otro aspecto del sistema político que requería de una reforma radical, que era la representatividad política y la participación, de manera de romper el monopolio que en esa materia han tenido los partidos políticos.

En efecto, el centralismo de Estado ha estado acompañado, como parte del sistema político, por el Estado de partidos, en el cual los partidos políticos han sido los únicos mecanismos de participación política y los únicos que han obtenido representantes en los órganos representativos. Ello ha estado asegurado a través del método de escrutinio plurinominal basado en la representación proporcional, el cual no sólo no se ha cambiado, sino que es el único consagrado en la Constitución (art. 63). A pesar de que se señale en el texto constitucional que debe garantizarse la personalización del voto, ello no cambia la representatividad si se sigue el método de representación proporcional, que conduce a la representación de partidos. Lamentablemente, no se acogió la propuesta de establecer la elección uninominal a nivel de los representantes a las Juntas Parroquiales, Concejos Municipales y Consejos Legislativos Estadales para lograr una representatividad territorial de las comunidades respectivas.

En todo caso, en nuestro criterio, el haber mantenido, en general, el sistema de representación proporcional garantiza la continuación de la partidocracia, y nada habrá cambiado, salvo la representatividad de unos partidos por otros.

4. *El presidencialismo exacerbado*

En la organización del Poder Público, en su vertiente horizontal, en la Constitución, se optó por continuar con el sistema presidencial de gobierno, aún cuando se le hayan incrustado algunos elementos del parlamentarismo como había sucedido con la Constitución de 1961.

Sin embargo, en la nueva Constitución, el presidencialismo se ha exacerbado por la extensión del período constitucional del Presidente de la República, con reelección inmediata; y por la pérdida de balance o contrapeso de los poderes, por la eliminación del bicameralismo.

En efecto, en el modelo presidencial escogido, se combinan los siguientes cuatro factores: en primer lugar, la extensión del período presidencial a seis años; y en segundo lugar, la reelección inmediata del Presidente de la República (art. 230). Ello atenta contra el principio de la alternabilidad republicana al permitir un largo período de gobierno de hasta 12 años. Pero los dos elementos anteriores se combinan con otros dos: tercero, lo complicado del referendo revocatorio del mandato (art. 72), lo que lo hace prácticamente inaplicable; y cuarto, la eliminación del principio de la elección del Presidente por mayoría absoluta y doble vuelta, que estaba en el Proyecto aprobado en primera discusión. Ello se eliminó en segunda discusión y se conservó la elección por mayoría relativa (art. 228),

como lo preveía la Constitución de 1961, y, por tanto, mantendremos, entonces, un sistema de gobiernos electos con una minoría de votos, que ha hecho al sistema ingobernable.

Con este modelo presidencialista, al que se agrega la posibilidad de disolución de la Asamblea por el Presidente de la República, aún cuando en casos excepcionales de tres votos de censura parlamentaria al Vicepresidente Ejecutivo (art. 240), se exacerba el presidencialismo que no encuentra contrapeso en el bicameralismo que se elimina, sino más bien refuerzo en otras reformas, como la regularización de las leyes habilitantes o de delegación legislativa a los efectos de emisión de Decretos-Leyes y no sólo en materia económica y financiera (art. 203).

5. *El desbalance en la separación de Poderes por la concentración del Poder en la Asamblea Nacional*

La Constitución adopta un esquema de separación de poderes no sólo entre el Legislativo y el Ejecutivo con la configuración del sistema presidencial de gobierno, sino entre el Poder Judicial, cuya autonomía se consagra repetidamente y otros dos nuevos Poderes de rango constitucional: el Poder Ciudadano, que abarca el Ministerio Público (Fiscal General de la República), el Defensor del Pueblo; la Contraloría General de la República; y el Poder Electoral, que ejerce el Consejo Nacional Electoral.

Una efectiva separación de poderes, por supuesto, está montada sobre la independencia entre ellos, de manera que el origen de sus titulares (elección o designación) no quede a merced de la voluntad de ninguno de los poderes del Estado. En ello consiste la garantía del contrapeso.

En la nueva Constitución, al contrario, se consagra un desbalance entre los Poderes estatales al permitirse que la Asamblea Nacional pueda remover de sus cargos al Fiscal General de la República, al Defensor del Pueblo, al Contralor General de la República, a los Miembros del Consejo Nacional Electoral (art. 296) y más grave aún, a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (art. 265). Ello constituye la antítesis de la independencia y contrapeso entre los Poderes del Estado, y configura un modelo de concentración de Poder en la Asamblea Nacional, totalmente incompatible con una sociedad política democrática.

6. *La base constitucional para el militarismo*

En la nueva Constitución, al presidencialismo como forma de gobierno, y a la concentración del Poder en la Asamblea Nacional, se agrega un acentuado esquema militarista, cuya combinación puede conducir fácilmente al autoritarismo.

En efecto, en el texto constitucional quedó eliminada toda idea de sujeción o subordinación de la autoridad militar a la autoridad civil, consagrándose, al contrario, una gran autonomía de la autoridad militar y de la Fuerza Armada Nacional, unificadas las cuatro fuerzas, con la posibilidad de intervenir en funciones civiles.

Ello se evidencia de las siguientes regulaciones: primero, de la eliminación de la tradicional prohibición de que la autoridad militar y la civil no pueden ejercerse simultáneamente, que establecía el artículo 131 de la Constitución de 1961; segundo, de la eliminación del control, por parte de la Asamblea Nacional, respecto de los ascensos de los militares de alta graduación, que en el constitucionalismo histórico siempre se había previsto, disponiéndose en el texto constitucional, al contrario, que ello es competencia exclusiva de la Fuerza Armada (art. 331); tercero, de la eliminación del carácter no deliberante y apolítica de la institución militar, como lo establecía el artículo 132 de la Constitución de 1961, lo que abre la vía para que la Fuerza Armada, como institución militar, comience a deliberar políticamente y a intervenir y dar su parecer sobre los asuntos de los que estén resolviendo los órganos del Estado; cuarto, de la eliminación de la obligación de la Fuerza Armada de velar por la estabilidad de las instituciones democráticas que preveía el artículo 132 de la Constitución de 1961; quinto, lo que es más grave aún, de la eliminación de la obligación de la Fuerza Armada de respetar la Constitución y las leyes “cuyo acatamiento estará siempre por encima de cualquier otra obligación”, como lo decía el artículo 132 de la Constitución de 1961; sexto, de la atribución a los militares, en forma expresa, del derecho al sufragio (art. 330), lo cual podría ser incompatible, políticamente, con el principio de obediencia; séptimo, del establecimiento del privilegio procesal, tradicionalmente reservado a los altos funcionarios del Estado, a los altos oficiales de la Fuerza Armada de que para ser enjuiciados se requiera una decisión del Tribunal Supremo sobre si hay o no méritos para ello (art. 266,3); octavo, del sometimiento a la autoridad de la Fuerza Armada de todo lo concerniente con el uso de armas y no sólo las de guerra, lo que se le quita a la Administración civil del Estado (art. 324); noveno, de la atribución, en general, a la Fuerza Armada de competencias en materia de policía administrativa (art. 329); y décimo, de la adopción en el texto constitucional del concepto ya histórico de la doctrina de la seguridad nacional, por ser esta de carácter globalizante, totalizante y omnicompreensiva, conforme a la cual todo lo que acaece en el Estado y la Nación, concierne a la seguridad del Estado, incluso el desarrollo económico y social (art. 326).

Esta situación da origen a un esquema militarista que constitucionalmente es una novedad, pero que puede conducir a un apoderamiento de la Administración civil del Estado por la Fuerza Armada, a la cual, incluso se le atribuye en la Constitución “la participación activa en el desarrollo nacional” (art. 328).

Todo lo anterior, muestra un cuadro de militarismo realmente único en nuestra historia constitucional que ni siquiera se encuentra en las Constituciones de los regímenes militares.

III. EL PROBLEMA DE UNA CONSTITUCIÓN SOCIAL CONCEBIDA PARA EL PATERNALISMO Y EL POPULISMO

La segunda parte de toda Constitución, como norma suprema, además de la Constitución política, es la Constitución social o del ciudadano, en la cual se

deben establecer las relaciones entre el Estado y la sociedad y sus componentes individuales.

En definitiva, está compuesta por el conjunto de libertades y derechos de los ciudadanos y habitantes del país, con sus correlativos deberes de parte del Estado y sus autoridades de protección, abstención o de prestación social. Lo cierto es que no puede haber un derecho consagrado constitucionalmente que no tenga un deber u obligación correlativo a cargo del Estado.

En esta materia, a pesar de los avances que contiene la Constitución, por ejemplo, en la enumeración de los derechos individuales y en la constitucionalización de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos a los cuales se les prescribió aplicación preferente cuando sean más favorables; los aspectos negativos del texto pesan más que las razones que podrían hacer que la Constitución merezca nuestra aprobación.

1. *La grave lesión a la garantía constitucional de la reserva legal*

La verdadera efectividad de una enunciación de derechos constitucionales en una Constitución, está en la previsión de sus garantías. La nueva Constitución venezolana en esta materia puede decirse que contiene una extensa y excelente enunciación de derechos constitucionales, en la misma línea de previsión, que se había seguido en América Latina con las Constituciones de Brasil y Colombia. En la nueva Constitución, además, con la previsión expresa y amplísima de otorgarle rango constitucional a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, y prever no sólo su aplicación inmediata por los jueces sino su aplicación preferente en todo lo que puedan beneficiar a las personas (art. 31).

Esta enunciación, sin embargo, puede quedar perfectamente inefectiva, por la previsión, en la propia Constitución, de normas que significan una antítesis de la garantía constitucional de los derechos. En efecto, entre tales garantías, la más importante es la de la reserva legal, es decir, que las limitaciones a los derechos constitucionales sólo pueden establecerse mediante ley, y como tal debe entenderse el acto que emana del órgano legislativo (Asamblea Nacional) compuesto por representantes electos democráticamente. Sin embargo, en la nueva Constitución venezolana se prevé un sistema de legislación delegada mediante leyes habilitantes, que no tiene parangón en ninguna Constitución Latinoamericana, con la cual se puede atribuir, al Presidente de la República, la potestad de legislar en cualquier materia, con lo cual la garantía constitucional de la reserva legal quedaría totalmente minimizada y con ello, se podría dar al traste a la excelente enunciación de los derechos constitucionales.

2. *La ausencia de consagración constitucional de derechos de protección al niño desde la concepción*

Por otra parte, a pesar de todo el avance en materia de derechos individuales del texto constitucional, y de que se hubiese repetido la regulación de la Consti-

tución de 1961 sobre el carácter inviolable del derecho a la vida (art. 43), en la nueva Constitución no se estableció con rango constitucional el derecho de los niños a protección integral “desde la concepción”, como sí estaba regulado en el artículo 74 de la Constitución de 1961.

La Asamblea Constituyente, en este aspecto, violó las bases comiciales que la originaron y que le impusieron, como límite, la progresión de la protección de los derechos humanos. Al contrario, en este campo tan sensible, puede considerarse que hubo una regresión en la regulación constitucional, lamentablemente motivada por la discusión entre abortistas y no abortistas y entre movimientos feministas y la propia Iglesia Católica.

La Asamblea Nacional Constituyente no supo deslindar el campo de regulación y pretendiendo satisfacer los requerimientos de la Jerarquía Eclesiástica de la consagración del derecho de protección del niño desde la concepción, lo que hizo fue engañarla, previendo la protección de la maternidad “desde la concepción” (art. 76) ¡como que si pudiera haber otro momento a partir del cual se pudiera iniciar la maternidad!

Lo cierto de todo es que en la nueva Constitución no existe el balance necesario que debe haber entre los derechos del niño y los derechos de la madre para que se mantenga el equilibrio general de la protección y los derechos recíprocos pues, como es bien sabido, el límite del ejercicio de todos los derechos humanos es “el derecho de los demás y el orden público y social”.

En todo caso, una Constitución que en el campo de los derechos individuales no garantiza expresamente el derecho de todo niño a protección integral desde la concepción, por regresiva en materia de protección de derechos individuales, no merece nuestra aprobación.

3. *La siembra constitucional del principio para el control de la libertad de información*

En la Constitución, ciertamente se consagra el derecho de toda persona a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas y opiniones y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura, correspondiendo a quien haga uso de tal derecho plena responsabilidad por todo lo expresado (art. 57).

Sin embargo, al consagrarse el derecho de todos a la información, es decir, a ser informados, se adjetiviza dicha información al calificársela de “oportuna, veraz e imparcial” (art. 58), lo que sin dejar de ser un desiderátum que debe derivarse del principio general de que el ejercicio de los derechos tiene como límite el derecho de los demás y el orden público y social (art. 20), así expresado constituye la siembra, en la nueva Constitución, de un principio que podría dar origen al desarrollo de un control público o político que podría conducir a la definición de una “verdad oficial” y por tanto, el rechazo de cualquier otra verdad en la información. En una Constitución signada por el principio de la progresión en la

mayoría de los derechos individuales, esta regresión en materia de libertad de información es inadmisibile, pues abre una grieta que puede servir al autoritarismo.

4. *La confusión entre buenas intenciones y los derechos constitucionales y el engaño que deriva de la imposibilidad de satisfacer algunos derechos sociales*

En la consagración de los derechos humanos, uno de los principios esenciales de orden constitucional es el denominado principio de alteridad, que implica que todo derecho comporta una obligación y que todo titular de un derecho tiene que tener relación con un sujeto obligado.

No hay, por tanto, derechos sin obligaciones ni obligados; por lo que la consagración de supuestos derechos que no pueden originar obligaciones u obligados, por imposibilidad conceptual, no es más que un engaño.

Así sucede, por ejemplo, con varios de los derechos y garantías sociales, tal y como se consagraron en la Constitución, cuya satisfacción es simplemente imposible. Constituyen, más bien, declaraciones de principio y de intención de indiscutible carácter teleológico, pero difícilmente pueden concebirse como “derechos” por no poder existir un sujeto con obligación de satisfacerlos.

Es el caso, por ejemplo, del “derecho a la salud”, que se consagra como “un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida” (art. 83). Lo cierto es que es imposible que alguien garantice la salud de nadie y que constitucionalmente se pueda consagrar el derecho a la salud. Ello equivale a consagrar, en la Constitución, “el derecho a no enfermarse”, lo cual es imposible pues nadie puede garantizar a otra persona que no se va a enfermar.

En realidad, el derecho que se puede consagrar en materia de salud, como derecho constitucional, es el derecho a la protección de la salud, lo que comporta la obligación del Estado de velar por dicha protección, estableciendo servicios públicos de medicina preventiva y curativa. De resto, regular el “derecho a la salud”, por imposibilidad de la alteridad, es un engaño.

Lo mismo podría señalarse, por ejemplo, respecto del derecho que se consagra en la Constitución a favor de “toda persona”, “a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias” (art. 82). Este derecho, así como está consagrado, es de imposible satisfacción; se trata, más bien, de una declaración de principio o de intención bellamente estructurada que no puede conducir a identificar a un obligado a satisfacerla, y menos al Estado.

También resulta un engaño establecer en la Constitución, pura y simplemente, que “toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público no lucrativo que garantice la salud y asegure protección en contingencias... de previsión social”; siendo igualmente una imposibilidad prever que “El Estado

tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social...” (art. 86).

De nuevo aquí, la intención es maravillosa, pero no para pretender regularla como un “derecho” constitucional con una obligación estatal correlativa, también de rango constitucional, cuya satisfacción es imposible. Se confundieron, en esta materia, las buenas intenciones y declaraciones sociales con derechos y obligaciones constitucionales, que originan otro tipo de relaciones jurídicas, incluso con derecho de ser amparados constitucionalmente.

5. *El excesivo paternalismo estatal y la minimización de las iniciativas privadas en materia de salud, educación y seguridad social*

En la regulación de los derechos sociales, en la nueva Constitución no sólo se pone en manos del Estado excesivas cargas, obligaciones y garantías, de imposible cumplimiento y ejecución en muchos casos, sino que se minimiza, al extremo de la exclusión, a las iniciativas privadas. En esta forma, aparecen regulados con un marcado acento estatista y excluyente servicios públicos esencial y tradicionalmente concurrentes entre el Estado y los particulares, como los de educación, salud y seguridad social.

Por ejemplo, en materia de salud, se dispone que para garantizarla “el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud, ... integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad” (art. 84). Se trata, por tanto, de un sistema público de salud, regulado como un servicio público gratuito que forma parte del sistema de seguridad social. Nada se dice en la norma sobre los servicios privados de salud, aún cuando en otro artículo se indica que el Estado “regulará las instituciones públicas y privadas de salud” (art. 85).

En materia de seguridad social, el rasgo estatista del sistema es aún mayor: se declara la seguridad social como un servicio público de carácter no lucrativo, estando obligado el Estado “de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas”, precisándose, además, que las cotizaciones obligatorias sólo “podrán ser administradas con fines sociales bajo la rectoría del Estado” (art. 86). Se excluye así, en principio, toda iniciativa privada en materia de seguridad social y se minimiza la participación privada en la administración reproductiva de los fondos de pensiones.

En materia de educación, la tendencia estatista es similar: se regula la educación, en general, como un derecho humano y un deber social fundamental; se la declara en general como “democrática, gratuita y obligatoria” y se la define como “un servicio público” que el Estado debe asumir “como función indeclinable” (art. 102). Nada se indica, en la norma, en relación con la educación privada, y solo es en otro artículo que se consagra el derecho de las personas “a fundar

y mantener instituciones educativas privadas bajo la estricta inspección y vigilancia del Estado, previa aceptación de este” (art. 106). La posibilidad de estatización de la educación, por tanto, no tiene límites en la Constitución, habiéndose eliminado del texto constitucional la disposición, que en la materia preveía la Constitución de 1961 de que “El Estado estimulará y protegerá la educación privada que se imparta de acuerdo con los principios contenidos en esta Constitución y en las leyes” (art. 79).

En esta materia, de nuevo, la Asamblea violó las bases comiciales al ignorar el carácter progresivo de la protección de los derechos humanos, y eliminar este derecho de protección que corresponde a la educación privada.

6. *La discriminación constitucional a favor de los pueblos indígenas y la siembra de principios desintegradores del Estado*

Una de las novedades de la nueva Constitución ha sido la inclusión de un capítulo sobre derechos de los pueblos indígenas, sobre todo si se compara su contenido con la escueta norma que traía la Constitución de 1961 que se limitaba a remitir a la ley para el establecimiento del “régimen de excepción que requiera la protección de las comunidades indígenas y su incorporación progresiva a la vida de la Nación” (art. 77).

La verdad es que de una idea de régimen de protección, en la nueva Constitución se pasó a un régimen discriminatorio en exceso respecto del resto de la población de nuestro territorio, al establecerse en general, un régimen de germen de un Estado dentro del Estado, con grave riesgo futuro a la integridad del territorio y de la Nación.

Bien es sabido que al Estado se lo define en el derecho constitucional como un pueblo, asentado en un territorio con gobierno propio. Esos tres componentes pueblo, territorio y organización política definen al Estado; y, este solo puede ser uno. No puede haber varios Estados en un mismo territorio.

Sin embargo, en la Constitución, en el primero de los artículos relativos a los derechos de los pueblos indígenas, se señala que “El Estado reconocerá la existencia de los *pueblos* y comunidades indígenas, *su propia organización* social, *política* y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios *sobre las tierras* que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida” (art. 119).

De nuevo, esta declaración de principios es un desiderátum humano, pero su consagración en un texto constitucional es cosa distinta: genera derechos y deberes y, en su forma, constituye el reconocimiento de un Estado dentro del Estado, con grave riesgo futuro a la generación de conflictos que afecten a la integridad territorial de la Nación.

IV. EL PROBLEMA DE UNA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA CONCEBIDA PARA EL ESTATISMO INSOLVENTE

El paternalismo estatal en el campo social conduce inexorablemente a la concepción de una Constitución económica con una gran carga estatista. En efecto, la tercera parte de la Constitución, como toda Constitución contemporánea, está destinada a regular la Constitución económica, en la cual se establecen las reglas de juego del sistema económico del país, el cual sigue concibiéndose en un principio, como un sistema de economía mixta, que se basa en reconocer la iniciativa privada y los derechos de propiedad y libertad económica, pero fundamentándolo en principios de justicia social, lo que permite la intervención del Estado en la economía, en algunos casos en forma desmesurada.

En esta materia, a pesar de que en las discusiones en la Asamblea se lograron establecer algunos equilibrios importantes entre la libertad económica y la intervención del Estado, quedó en la Constitución un marcado acento estatista, lo que aunado a las consecuencias fiscales del paternalismo social y del populismo que contiene, hacen inviable financieramente el rol del Estado, y originan un esquema de terrorismo tributario que informa el texto constitucional.

1. La posibilidad casi ilimitada de intervención estatal en la economía

En efecto, la Constitución no sólo es manifiestamente estatista en materia económica, al atribuir al Estado la responsabilidad fundamental en la gestión y prestación de los servicios públicos básicos en materia de salud, educación y seguridad social, y de los de carácter domiciliario como distribución de agua, electricidad y gas, sino que ello también deriva de la regulación, en la misma, de un conjunto de potestades reguladoras, de control y de planificación.

Las normas relativas a la economía, por tanto, son básicamente las destinadas a prever la intervención del Estado, destinándose a lo privado, en realidad, las escuetas normas reguladoras de la libertad económica (art. 112) y de la propiedad privada (art. 115). No existe, sin embargo, el equilibrio necesario entre lo público y lo privado, privilegiándose en el sector privado sólo actividades no fundamentales en la generación de riqueza y empleo como la agrícola (art. 305), la artesanía (art. 309), la pequeña y mediana empresa (art. 308), y el turismo (art. 310).

A ello se agregan normas de control y persecución como las relativas a los monopolios y a los delitos económicos (arts. 113 y 114); la declaración como del dominio público del subsuelo, las costas marítimas y las aguas (arts. 112 y 304) lo que abre un campo ilimitado respecto del control estatal del uso y aprovechamiento de dichos bienes; la reserva al Estado de la industria petrolera, y la posibilidad de reserva de otras actividades, servicios o explotaciones de carácter estratégico (art. 302); y las normas que prevén las potestades planificadoras del Estado, tanto a nivel nacional (arts. 112 y 299) como a nivel local (art. 178).

El Estado, así, en la Constitución es responsable de casi todo, y puede regularlo todo. La iniciativa privada aparece marginal y marginada. No se asimiló la experiencia del fracaso del Estado regulador, de control, planificador y empresario de las últimas décadas, ni se entendió la necesidad de privilegiar las iniciativas privadas y estimular la generación de riqueza y empleo por la sociedad.

El resultado del texto constitucional en materia económica, visto globalmente y en su conjunto, es el de una Constitución hecha para la intervención del Estado en la economía y no para el desarrollo de la economía por los privados bajo el principio de la subsidiariedad de la intervención estatal

2. *La incapacidad financiera para la atención por el Estado de las tareas y responsabilidades que se le asignan*

El Estado que se concibe en la nueva Constitución, cuando se analiza en su conjunto el enorme cúmulo de responsabilidades que se le atribuyen en el campo social, de la salud, educación, seguridad social y cargas laborales, con exclusión sistemática de las iniciativas privadas; es totalmente incapaz, financieramente, para atenderlas. Para la previsión de las regulaciones del Estado paternalista establecidas en la Constitución, no hubo cálculo alguno de costos, lo que coloca al Estado, si pretende asumirlas y cumplirlas, de entrada, en una situación de quiebra, por estar obligado a pagar más de lo que es capaz y puede recaudar en impuestos, máxime en un país en el cual no hay hábito ciudadano de contribuyente.

Si a ello se agrega la previsión con rango constitucional de que la gestión fiscal debe equilibrarse en un marco plurianual del presupuesto “de manera que los ingresos ordinarios deben ser suficientes para cubrir los gastos ordinarios” (art. 311); no se entiende cómo será posible la atención por el Estado de todas las obligaciones que se le imponen.

3. *La consagración del terrorismo fiscal como ilusión para resolver la insolvencia estatal y la desprotección de los contribuyentes*

La enorme responsabilidad social atribuida al Estado y los costos financieros que conlleva su atención, por supuesto que implicarán la exacerbación del ejercicio de la potestad tributaria del Estado en sus diversos niveles territoriales y, de inmediato, en el nivel nacional y en el nivel municipal. Ello exigía, por sobre todo, el establecimiento de un adecuado equilibrio entre la potestad pública y los derechos de los individuos, de manera que el ejercicio de la primera no afecte la capacidad económica de los contribuyentes ni sus garantías constitucionales, que requieren de protección especial.

La nueva Constitución, en esta materia, no reguló nada específico sobre el necesario respeto de la capacidad contributiva de las personas ni sobre el principio de que la imposición debía revertir servicios públicos adecuados hacia los contribuyentes-ciudadanos. Nada se reguló, además, sobre las garantías constitucionales del contribuyente frente al ejercicio de la potestad tributaria, ya que es

precisamente con ocasión de su ejercicio que todo el poder del Estado se puede volcar sobre los individuos. Al contrario, las únicas normas nuevas previstas en el texto en esta materia tienden a castigar la evasión fiscal con penas privativas de la libertad personal (art. 317), estableciéndose en las Disposiciones Transitorias normas destinadas a regularizar el terrorismo fiscal (Disposición Transitoria Quinta), elaboradas pensando como si sólo las grandes empresas fueran contribuyentes, a quienes sólo hay que perseguir, e ignorando que en un sistema de Estado con incapacidad financiera estructural todas las personas son o deben ser potencialmente contribuyentes y, por tanto, sujetos de persecución fiscal.

En esta materia la Constitución se olvidó del ciudadano y de la protección y seguridad que había que brindarle.

4. *La lesión a la autonomía del Banco Central de Venezuela*

La nueva Constitución atribuye al Banco Central de Venezuela el ejercicio exclusivo y obligatorio de las competencias monetarias del Poder Nacional, atribuyéndole la autonomía necesaria para ello, sin perjuicio de la necesaria coordinación con la política económica general (art. 318).

Sin embargo, esa autonomía se limita en el texto, con remisión a la Ley, a tal punto que puede neutralizarse completamente, politizándose la gestión de la Institución. Ello deriva de las siguientes previsiones: en *primer lugar*, de la posibilidad de regularse legalmente la remoción del Directorio del Banco por incumplimiento de metas y objetivos de la política monetaria; en *segundo lugar*, de la obligatoriedad de rendición de cuenta de su actuación, metas y resultados respecto de sus políticas, ante la Asamblea Nacional; en *tercer lugar*, de la previsión de inspección y vigilancia del Banco por parte de la Superintendencia de Bancos; en *cuarto lugar*, de la aprobación por la Asamblea Nacional del Presupuesto de gastos de funcionamiento e inversiones del Banco (art. 319); y por último, conforme con la Disposición Transitoria Cuarta, de la intervención de la Asamblea Nacional en la designación y ratificación de los miembros del Directorio del Banco (ord. 8).

Con este esquema constitucional, la consagrada autonomía del Banco Central de Venezuela, puede ser minimizada, abriéndose campo a la politización de la Institución.

V. APRECIACIÓN GENERAL: UNA CONSTITUCIÓN CONCEBIDA PARA EL AUTORITARISMO, EL PATERNALISMO ESTATAL, EL POPULISMO Y EL ESTATISMO INSOLVENTE

De lo anterior resulta que, en cuanto a la *Constitución política* la nueva Constitución, cuando se analiza globalmente, particularmente en los elementos antes mencionados, pone en evidencia un esquema institucional concebido para el autoritarismo, que deriva de la combinación del centralismo de Estado, del pre-

sidencialismo exacerbado, de la partidocracia, de la concentración del Poder en la Asamblea y del militarismo que constituyen los elementos centrales diseñados para la organización del Poder del Estado.

En nuestro criterio esa no es la Constitución política que la democracia requería para su perfeccionamiento, y que al contrario, debía haber estado montada sobre la descentralización del poder, un presidencialismo controlado, la participación política al balance entre los Poderes del Estado y la sujeción de la autoridad militar a la civil.

Por su parte, en cuanto a la *Constitución social*, en la Constitución, al enumerar el elenco de derechos humanos y de garantías y obligaciones estatales, lamentablemente, abre la puerta para su limitación por el Ejecutivo mediante legislación delegada; y además, analizada globalmente, lo que muestra es un marginamiento de la sociedad y de las iniciativas particulares, haciendo recaer sobre el Estado todas las obligaciones imaginables, imposible de cumplir. Es una Constitución concebida para el paternalismo, lo que se traduce en populismo.

Esa no es la Constitución social que se requería para fundar una democracia social y participativa, para lo cual debió haber revalorizado la participación de todas las iniciativas privadas en los procesos educativos, de salud y de seguridad social, como actividades en las cuales tiene que existir una corresponsabilidad entre el Estado y la Sociedad.

Por último, la nueva Constitución, en su componente de *Constitución económica*, completa el cuadro paternalista de la Constitución social, inclinando el régimen constitucional hacia el Estado en lugar de hacia la iniciativa privada, originando un estatismo exagerado, con el riesgo de multiplicación de una voracidad fiscal incontrolable concebida para aplastar al contribuyente, al cual no se protege constitucionalmente.

Esa no es la Constitución económica que se requería para fundar la política de desarrollo económico que requiere el país, que tiene que apuntar hacia la creación de riqueza y empleo y que el Estado es incapaz de lograr, sin la decisiva participación de las iniciativas privadas, que lejos de ser perseguidas, deben ser protegidas e incentivadas.

Por todo lo anterior, es que hemos señalado que la Constitución de 1999 no ha introducido los cambios que requería el país, con motivo del momento constituyente que originó la crisis del modelo político de Estado Centralizado de Partidos establecido a partir de 1945 y reestablecido en 1958, y que exigía para perfeccionar la democracia y hacerla más representativa y participativa, estructurar un Estado democrático descentralizado y participativo. Nada de esto se logró, por lo que sólo la historia dirá si esta Constitución es la última del cuarto de los períodos histórico políticos de Venezuela o la primera del quinto.

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN

Javier CREMADES GARCÍA World Juris Association.....	15
--	----

PRESENTACIÓN

Augusto TRUJILLO MUÑOZ Academia Colombiana de Jurisprudencia.....	19
--	----

PRÓLOGO

Humberto ROMERO-MUCI Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.....	21
---	----

I. PARTE

ESTUDIO INTRODUCTORIO: LA DESINSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

1. EL FALSEAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO (EL CASO DE VENEZUELA)

Allan R. BREWER-CARÍAS

INTRODUCCIÓN: LA CONSTITUCIÓN Y LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO DE DERECHO	31
--	----

PRIMERA PARTE: EL FALSEAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA SOBERANÍA POPULAR: LA DESCONSTITUCIONALIZACIÓN Y LA USURPACIÓN DE LA SOBERANÍA POPULAR.....	38
---	----

SEGUNDA PARTE:	
EL VACIAMIENTO DEL PRINCIPIO DE DEMOCRATIZACIÓN: LA DESDEMOCRATIZACIÓN Y LA BÚSQUEDA DE ELIMINACIÓN DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA.....	45
TERCERA PARTE	
EL VACIAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN DE PODERES: LA CONCENTRACIÓN DEL PODER	51
CUARTA PARTE	
EL VACIAMIENTO DEL ESTADO DE JUSTICIA Y DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y JURIDICIDAD: LA DESJURIDIFICACIÓN, DESLEGALIZACIÓN Y DESJUSTICIABILIDAD GENERALIZADA.....	64
QUINTA PARTE	
EL VACIAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DESHUMANIZACIÓN DEL ESTADO	73
SEXTA PARTE	
EL FALSEAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA Y DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA: LA CENTRALIZACIÓN, LA DESFEDERALIZACIÓN Y LA DESMUNICIPALIZACIÓN DEL ESTADO EN EL MARCO DE SU DESCONSTITUCIONALIZACIÓN	82
SÉPTIMA PARTE	
EL PRINCIPIO DEL GOBIERNO CIVIL Y SU FALSEAMIENTO CON LA AVASALLANTE MILITARIZACIÓN DEL PAÍS AL MARGEN DE LA AUTORIDAD CIVIL.....	91
APRECIACIÓN FINAL.....	98

II PARTE DESCONSTITUCIONALIZACIÓN

2. EL CONCEPTO DE “DESCONSTITUCIONALIZACIÓN” Néstor PEDRO SAGÜÉS

1. INTRODUCCIÓN.....	103
2. DESCONSTITUCIONALIZACIÓN COMO REDUCCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN	103

3.	DESCONSTITUCIONALIZACIÓN COMO ABANDONO DE LOS PRINCIPIOS POLÍTICOS LIBERALES DEL CONSTITUCIONALISMO.....	104
4.	DESCONSTITUCIONALIZACIÓN COMO PÉRDIDA DE RANGO CONSTITUCIONAL DE NORMAS CONSTITUCIONALES.....	105
5.	DESCONSTITUCIONALIZACIÓN COMO DEROGACIÓN SOCIOLÓGICA DE NORMAS CONSTITUCIONALES	105
6.	FENÓMENOS PRÓXIMOS. DESCONSTITUCIONALIZACIÓN Y “DESMONTAJE DE LA CONSTITUCIÓN”	106
7.	DESCONSTITUCIONALIZACIÓN Y “DESVALORIZACIÓN” DE LA CONSTITUCIÓN	107
8.	DESCONSTITUCIONALIZACIÓN Y “FALSEAMIENTO” O “FRAUDE” CONSTITUCIONAL.....	109
9.	REEXAMEN	109
10.	REFLEXIONES AXIOLÓGICAS	111
11.	COLOFÓN	112

3. CONSTITUCIONALISMO AUTORITARIO “LA DESTRUCCIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO CON CONSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS. EL CANIBALISMO CONSTITUCIONAL”

Román José DUQUE CORREDOR

I	115
II	116
III	116
IV	118
V	118
VI	119
VII	121
VIII	122
CONCLUSIÓN	127

4. DESCONSTITUCIONALIZACIÓN, DESDEMOCRATIZACIÓN Y DESLEGALIZACIÓN DESDE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Rafael BADELL MADRID

1.	INTRODUCCIÓN.....	129
2.	DESCONSTITUCIONALIZACIÓN	131
2.1.	Desconstitucionalización del principio de separación de poderes.....	131
2.1.1.	Planteamiento (dictadura judicial 2015-2020).....	132

2.1.2.	De la inconstitucional declaratoria del desacato de la Asamblea Nacional.....	134
2.1.3.	Desconocimiento de los poderes de control político de la Asamblea Nacional.....	138
2.1.4.	Desconocimiento del poder de la Asamblea Nacional para legislar	139
2.1.5.	Usurpación de la regulación del régimen interior y de debates de la Asamblea Nacional.....	141
2.1.6.	Desconocimiento del poder de la Asamblea Nacional para autorizar los estados de excepción decretados por el presidente de la República	141
2.1.7.	Violación a la inmunidad parlamentaria	142
2.2.	Desconstitucionalización a partir de la violación de derechos y garantías constitucionales.....	144
2.2.1.	Desconstitucionalización del derecho a la tutela de tratados internacionales sobre derechos humanos (artículo 23 de la Constitución).....	144
2.2.2.	Desconstitucionalización del derecho de libertad económica (artículo 112 de la Constitución)	149
2.2.3.	Desconstitucionalización del derecho de propiedad (artículo 115 de la Constitución).....	150
3.	DESLEGALIZACIÓN	154
3.1.	Usurpación de la regulación en materias de reserva legal.....	155
4.	DESDEMOCRATIZACIÓN	161
4.1.	Usurpación de la facultad de nombrar altos funcionarios	162
4.2.	Convocatoria de una Asamblea Constituyente sin la aprobación de la voluntad popular	165
4.3.	Intervención de los partidos políticos.....	166
5.	CONCLUSIONES.....	167

III. PARTE DESLEGALIZACIÓN

5. EL FALSEAMIENTO DE LA LEGALIDAD

Manuel ARAGÓN REYES

1.	ADVERTENCIA PRELIMINAR.....	169
2.	EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN SENTIDO AMPLIO	169
3.	EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO	171
4.	EL FALSEAMIENTO DE LA LEGALIDAD POR SU USO INADECUADO.....	172
4.1.	En las situaciones de emergencia. La pandemia del Covid-19 como banco de prueba.....	172
4.2.	En la legislación gubernamental de urgencia	175

4.3.	En la legislación gubernamental por delegación parlamentaria.....	176
4.4.	En la degradación normativa de los preceptos legales.....	176
4.5.	En el activismo judicial.....	177
4.6.	En el uso de la potestad reglamentaria.....	178
5.	EL FALSEAMIENTO DE LA LEGALIDAD POR ABIERTA DESTRUCCIÓN DE LA MISMA.....	178
5.1.	La destrucción del Estado de Derecho.....	178
5.2.	La destrucción de la legalidad.....	180
6.	CONCLUSIONES.....	181

IV. PARTE DESDEMOCRATIZACIÓN

6. LA DESDEMOCRATIZACIÓN EN EL ESTADO DE DERECHO

Laura CHINCHILLA..... 183

7. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO DE FACTO: LA DESTRUCCIÓN DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA

Carlos AYALA CORAO

INTRODUCCIÓN.....	187
I. LAS TEORÍAS DEMOCRÁTICAS: DE LA TEORÍA ELITISTA DE LA REPRESENTACIÓN A LA TEORÍA PARTICIPACIONISTA DE LA DEMOCRACIA.....	190
1. La teoría elitista y la democracia representativa.....	191
2. La teoría participacionista de la democracia.....	193
II. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DEMOCRACIA REPRESENTATIVA.....	194
1. Elección de los integrantes del Poder Legislativo (nacional, estatal y municipal).....	195
2. Elección de las autoridades o jefes del Poder Ejecutivo (nacional, estatal y municipal).....	196
3. La salvaguarda del principio democrático de alternabilidad... ..	197
III. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA.....	198
IV. DEL DESMANTELAMIENTO DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA AL DESMANTELAMIENTO DE LA DEMOCRACIA, EL ESTADO DE DERECHO Y LA CONSTITUCIÓN.....	200
1. El desmantelamiento inicial de la democracia representativa a través de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999.....	200
2. El primer intento de constitucionalización formal del modelo autoritario.....	202

3.	El desmantelamiento de la democracia y el Estado Constitucional con la imposición del “Estado Comunal Socialista”	203
4.	La reelección ilimitada del Presidente de la República y las demás autoridades en fraude a la Constitución.....	207
5.	La usurpación de la democracia representativa: el asalto a la Asamblea Nacional.....	207
6.	El secuestro de la democracia representativa y participativa a través del sometimiento del órgano electoral	210
7.	El sometimiento de los demás órganos constitucionales autónomos	222
8.	Una nueva Constituyente usurpadora: sin referendo, ni sufragio por votación universal e igual y sin Constitución.	224
9.	La “domesticación” de la Asamblea Nacional en el 2020.....	226
10.	El instrumento clave: el sometimiento del Poder Judicial y en especial de la jurisdicción constitucional	231
11.	De la ruptura del Estado Constitucional de Derecho a la ruptura del Estado Internacional de Derecho.....	241
IV.	CONCLUSIÓN: LA CONSTITUCIÓN COMO IDEOLOGÍA PARTIDISTA AL SERVICIO DEL PROYECTO POLÍTICO. EL FIN DE LA DEMOCRACIA.....	243

V. PARTE MILITARISMO

8. LA SUBORDINACIÓN DEL PODER MILITAR AL PODER CIVIL

Juan Carlos ESGUERRA..... 247

9. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL MILITARISMO EN VENEZUELA “CON ESPECIAL REFERENCIA AL GOLPE DE ESTADO DEL 18 DE OCTUBRE DE 1945”

Ramón ESCOVAR LEÓN

INTRODUCCIÓN	251
I. LO CIVIL Y LO MILITAR DESDE 1945	253
II. EL 18 DE OCTUBRE DE 1945	255
III. EL 24 DE NOVIEMBRE DE 1948	258
IV. RAZONES QUE LLEVARON A LAS FUERZAS ARMADAS A DAR EL GOLPE DEL 24 DE NOVIEMBRE DE 1948	258
V. LA DICTADURA DE MARCOS PÉREZ JIMÉNEZ Y EL 23 DE ENERO DE 1958.....	260
VI. BREVE REFERENCIA A LAS CONSTITUCIONES DE 1947 Y DE 1953	262
VII. EL PACTO DE PUNTOFIJO	264
VIII. LA POLÍTICA MILITAR DE RÓMULO BETANCOURT	266

IX. EL CONTROL CIVIL SOBRE EL MILITAR A PARTIR DE 1958.	267
X. LA PÉRDIDA DEL CONTROL CIVIL SOBRE EL MILITAR	270
CONCLUSIONES	274

VI PARTE DESHUMANIZACIÓN

10. LA PIEDRA ANGULAR DE LA DEMOCRACIA Y LOS AVATARES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN VENEZUELA

Héctor FAÚNDEZ LEDESMA

INTRODUCCIÓN	277
I. EL MARCO TEÓRICO.....	278
II. EL MARCO NORMATIVO.....	283
III. EL VACIAMIENTO PROGRESIVO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN VENEZUELA.....	286
1. Los recortes legales	287
i. La Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión:.....	287
ii. La Ley Orgánica de Telecomunicaciones	291
iii. La Ley contra el odio	295
2. La complicidad del poder judicial	299
i. El caso de Queremos Elegir	300
ii. Las leyes de vilipendio.....	303
a) El honor y la reputación de las personas	306
b) La seguridad nacional	317
c) El orden público.....	323
iii. El caso de El Nacional: Las demandas civiles para acabar con la libertad de expresión	324
a) La doctrina del reporte fiel.....	329
b) La determinación de los daños	330
IV. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN.....	332
A MODO DE CONCLUSIÓN.....	335

11. LA INJUSTICIA PENAL VENEZOLANA

Alberto ARTEAGA SÁNCHEZ

1. DEL DERECHO PENAL GARANTISTA AL DERECHO PENAL DE GUERRA.....	337
2. EVIDENCIAS DEL DERECHO PENAL DE GUERRA EN VENEZUELA: REFORMAS PENALES, JUSTICIA DE “PLASTILINA”, “LEY DEL ODI” Y “JUSTICIA MILITAR”. ALGUNAS DECISIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.....	339

3.	LA TRAGEDIA CARCELARIA VENEZOLANA. EL SISTEMA PENITENCIARIO VENEZOLANO: EL PROCESO PENAL COMO PENA. EL RETARDO CRIMINAL DEL PROCESO. LA PRISION PREVENTIVA EN RETENES JUDICIALES. LOS PRESOS POLÍTICOS.....	358
	A MODO DE CONCLUSIÓN.....	363

VII PARTE AUTORITARISMO

12. EL AUTORITARISMO: PERSPECTIVAS Y BALANCE

Karlos NAVARRO

I	365
II	367
III	368
IV	370

13. LOS PECADOS CAPITALES DEL PRESIDENCIALISMO VENEZOLANO

Gerardo FERNÁNDEZ VILLEGAS

1.	EL MANDATO DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EXCESIVAMENTE LARGO	374
2.	LA REELECCIÓN INDEFINIDA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.....	375
3.	EL SISTEMA ELECTORAL SIMPLE PARA ELEGIR AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.....	379
4.	EL VICEPRESIDENTE EJECUTIVO NO ELECTO.....	380
5.	LA HABILITACIÓN LEGISLATIVA, SIN LÍMITES NI CONTROLES	381
6.	LA CONSTITUCIÓN MILITARISTA.....	383
7.	UNICAMERALISMO PARLAMENTARIO. PARLAMENTO DEBILITADO POR SU ESTRUCTURA Y ORGANIZACIÓN	388
8.	LA ESTRUCTURA MONOCÉFALA EN EL EJECUTIVO Y LA INEXISTENCIA DE SALIDAS INSTITUCIONALES A LAS CRISIS DE GOVERNABILIDAD. CRISIS DE GOBIERNO SE CONVIERTE EN CRISIS DE ESTADO.....	389
9.	OTRAS DEBILIDADES QUE AFECTAN EL SISTEMA DE GOBIERNO: CENTRALISMO Y DEBILITAMIENTO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS.....	391

14. LA SALA CONSTITUCIONAL Y EL DESMANTELAMIENTO DE LA DEMOCRACIA EN VENEZUELA

Jesús María CASAL

I.	INTRODUCCIÓN.....	395
II.	PREMISAS CONCEPTUALES Y CONTEXTO	400
	1. Democracia.....	400
	2. Contexto político y constitucional.....	402
III.	LA CREACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL, LA CAPTURA Y LA PURGA EN EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.....	405
	1. La creación de la Sala Constitucional	405
	2. La captura y la sucesiva purga en el Tribunal Supremo de Justicia	407
IV.	PRINCIPALES ETAPAS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON EL DESMANTELAMIENTO DE LA DEMOCRACIA.....	410
	1. Mixtura inicial y progresión autoritaria (2000-2004)	410
	A) Los postulados de la interpretación constitucional	411
	B) El régimen de transición del poder público	
	C) La libertad de expresión y el derecho a la información	413
	D) El derecho a la libertad de asociación.....	414
	E) La eficacia de los tratados internacionales de derechos humanos y de las decisiones adaptadas por los órganos correspondientes.....	416
	F) Reserva legal y separación de poderes.....	417
	G) El derecho a la participación política: La llamada guerra entre las Salas y el referéndum revocatorio presidencial	419
	H) Sentencias posiblemente demostrativas de un cierto margen de acción de la Sala Constitucional.....	420
	I) Balance.....	421
	2. La consolidación del papel autoritario de la Sala Constitucional (2005-2015).....	424
	A) La captura de la Sala Constitucional y del poder judicial.....	424
	B) El desconocimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la concentración de poder y la hegemonía ideológica	425
	C) Decisiones típicas de sistemas autoritarios	428
	D) Balance.....	430

3.	El completo despliegue del autoritarismo judicial (2015-)....	431
A)	La victoria de la oposición en las elecciones parlamentarias de 2015 y la otra faceta del protagonismo autoritario de la Sala Constitucional	431
B)	La construcción judicial del supuesto desacato de la Asamblea Nacional y otros desafueros.....	434
C)	La imposición presidencial de una supuesta Asamblea Nacional Constituyente y el balance sobre el papel de la Sala Constitucional en este periodo.....	436
V.	EL PAPEL INSTITUCIONAL DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN UNA PERSPECTIVA COMPARATIVA.....	440
VI.	CLAVES DEL PROTAGONISMO DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN EL DESMANTELAMIENTO DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL	445
1.	La importancia del pasado democrático, la extrema polarización y los dilemas de las luchas democráticas en los regímenes híbridos.....	445
2.	El aumento de los poderes de revisión judicial con el pretexto de asegurar la supremacía constitucional, pero con un enfoque antiliberal	449
3.	El efecto vinculante de la jurisprudencia de la Sala Constitucional como herramienta de control de los tribunales ordinarios, el debilitamiento de la deliberación pública y el desmantelamiento de la democracia.....	451
4.	Las medidas abusivas para hacer cumplir sus decisiones y el envilecimiento de la argumentación constitucional y de las prácticas procesales.....	452
VII.	EL PAPEL DE LA SALA CONSTITUCIONAL VENEZOLANA Y LA CUESTIÓN DE LA CONVENIENCIA DE UN TRIBUNAL O SALA CONSTITUCIONAL EN LAS DEMOCRACIAS NO CONSOLIDADAS.....	454
1.	El papel institucional de la Sala Constitucional	454
2.	¿Para qué un Tribunal o Sala Constitucional?.....	457

15. EL POPULISMO, DESTRUCCIÓN O SUPERACIÓN DE LA DEMOCRACIA

Gabriel RUAN SANTOS

INTRODUCCIÓN	463
DESLEGITIMACIÓN DE LA DEMOCRACIA.....	465
APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE POPULISMO	470
1) La visión más general del concepto	470

2) Otras visiones del concepto.....	477
POPULISMO Y DEMOCRACIA MAYORITARIA.....	484
LA DECLINACIÓN DE LA DEMOCRACIA MAYORITARIA EN VENEZUELA.....	490
CONSTITUCIONALISMO POPULISTA.....	491
El populismo chavista.....	496
CONCLUSIONES.....	506

16. LA SUBORDINACIÓN JUDICIAL

Cecilia SOSA GÓMEZ

1. LA DISTORSIÓN JUDICIAL. ¿CUÁL ES LA CAUSA?.....	509
2. EL CUADRADO DE LA JUSTICIA VENEZOLANA.....	510
3. CÓMO ENCENDER LA LINTERNA DE LA JUSTICIA.....	513
4. MIENTRAS ESO OCURRE ¿QUÉ HACEMOS?.....	515

VIII. PARTE

FALSEAMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

17. LEY ANTIBLOQUEO, DEL AUTORITARISMO ENCUBIERTO AL TOTALITARISMO DESCARADO ESPECIAL REFERENCIA AL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD PETROLERA

Juan Cristóbal CARMONA BORJAS

I. DEL AUTORITARISMO ENCUBIERTO AL TOTALITARISMO .	517
II. CONSIDERACIONES GENERALES RESPECTO DE LA LEY ANTIBLOQUEO.....	521
A. Antecedentes.....	521
B. Invalidez de la Ley Antibloqueo.....	531
III. POSIBLES MEDIDAS A SER DICTADAS EN EL SECTOR DE LOS HIDROCARBUROS LÍQUIDOS CON FUNDAMENTO EN LA LEY ANTIBLOQUEO.....	534
A. Consideraciones preliminares.....	534
B. Posibles actuaciones del Poder Público Nacional en el ámbito de los hidrocarburos líquidos.....	536
B.1. Reestructuración de los esquemas de participación privada en el ejercicio de las actividades primarias.....	538
B.1.1. Variación en la composición accionarial de las empresas mixtas.....	539
B.1.2. Cabida a convenios no asociativos (concesiones).....	543
B.2. Comercialización de combustibles líquidos.....	543

B.2.1. Importación de combustibles líquidos	545
B.2.2. Comercio interno de combustibles líquidos	546
B.2.3. Exportación de crudo	547
B.3. Actividad de refinación	547
B.4. Reincorporación de bienes y servicios conexos.....	549
B.5. Impulso a la inversión privada	552
B.6. Administración de activos.....	555
B.6.1. Venta de acciones.....	556
B.6.2. Gravámenes de acciones.....	557
B.7. Operaciones de administración de pasivos	560
B.8. Mecanismos de contratación	562
V. CONSIDERACIONES FINALES	563

18. DESINSTITUCIONALIZACIÓN TRIBUTARIA EN VENEZUELA “ENTRE LA DISTOPÍA Y LA ANOMIA”

Humberto ROMERO-MUCI

RESUMEN	567
INTRODUCCIÓN	567
I. MORAL DEL LEGISLADOR TRIBUTARIO	570
1. Reserva legal y legalidad tributaria	572
A. Consagración de la garantía	572
B. Inmoralidades contra la reserva legal y la legalidad tributaria	575
a. El abuso del expediente de leyes delegatorias o habilitantes, la legislación de emergencia y las vías de hecho de la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente (ANC).....	575
b. El impuesto inflación	583
2. Capacidad contributiva, no discriminación, razonabilidad de los tributos y prohibición de confiscación	585
A. Consagración del derecho	585
a. Sustrato técnico o instrumental.....	585
b. Sustrato axiológico	588
C. Inmoralidades contra la capacidad contributiva.....	589
a. La eliminación del ajuste integral por inflación (API) de la base imponible del ISR solo para los contribuyentes especiales	589
b. La fijación del régimen de anticipos de IVA e ISR, a través de la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente (ANC).....	593
c. La determinación de obligaciones y sanciones tributarias en divisas o criptoactivos (el Petro)...	595

d.	La anarquización del sistema tributario mediante la exacerbación de la para fiscalidad...	597
e.	Atentados al principio de solidaridad y responsabilidad social.....	599
II.	MORAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA Y LOS CONFLICTOS DE PRACTICABILIDAD ADMINISTRATIVA.....	600
A.	La desjudicialización del juicio ejecutivo y de las medidas cautelares.....	601
B.	Indignidad de la tributación sobre las personas naturales por subestimación y retraso en el ajuste de la UT.....	605
III.	MORAL DEL JUEZ TRIBUTARIO.....	607
IV.	MORAL DEL CONTRIBUYENTE.....	613
	CONCLUSIONES.....	618

19. LA ANULACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO EN VENEZUELA. REFLEXIONES A PARTIR DE LA LEY ANTIBLOQUEO APROBADA POR LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

José Antonio MUCI BORJAS

SECCIÓN I.	INTRODUCCIÓN.....	619
SECCIÓN II.	CRÓNICA DE LA ANULACIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL DE 2015.....	620
§1.	La Asamblea Nacional electa en 2015.....	620
§2.	La elección de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.....	620
§3.	La Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.....	621
§4.	La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.....	622
§5.	El Ejecutivo Nacional.....	623
§6.	La Asamblea Nacional Constituyente.....	624
SECCIÓN III.	LA LEY ANTIBLOQUEO.....	625
§1.	Brevísimas reflexiones sobre el acto y su autor.....	626
§2.	La falta de correspondencia entre el articulado de la mal llamada Ley y los fines que esta declara perseguir.....	626
SECCIÓN IV.	LA INAPLICACIÓN JUDICIAL DE NORMAS LEGALES Y REGLAMENTARIAS: ANTECEDENTES DE LA INSTITUCIÓN DE LA “INAPLICACIÓN” EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO.....	627
SECCIÓN V.	LA INAPLICACIÓN EJECUTIVA DE NORMAS LEGALES Y REGLAMENTARIAS.....	629
§1.	La inaplicación según la mal llamada ley.....	629
§2.	Juicio crítico sobre la “inaplicación” prevista en la mal llamada ley.....	630

A)	Las leyes sancionadas por el Poder Legislativo dejaron de ser obligatorias	632
B)	Las leyes dejaron de ser generales	632
C)	La minusvalía del principio constitucional de división del Poder Público	632
D)	El derecho fundamental a la igualdad –a la igualdad frente a la ley y en la aplicación de la ley– no obliga al Ejecutivo Nacional	633
SECCIÓN VI. EL SECRETO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA Y SUS CONSECUENCIAS		633
SECCIÓN VII. A MODO DE CONCLUSIÓN		634

20. POPULISMO, CONTROLES DE CAMBIOS Y PRECIOS Y NACIONALIZACIÓN Y ESTATIZACIÓN

Carlos Eduardo ACEDO SUCRE

I.	VULNERABILIDAD DE LA DEMOCRACIA FRENTE AL POPULISMO	635
A.	Vicios del populismo	635
a.	Características generales	636
b.	Particularidades de Venezuela	
B.	Debilitamiento de los controles y equilibrios de la democracia liberal como consecuencia de políticas económicas	640
a.	Vulnerabilidad de la democracia frente al populismo, y posibles antidotos	640
b.	Políticas económicas favorecedoras del declive y supresión de la democracia	641
II.	MEDIDAS ECONÓMICAS IMPLEMENTADAS EN VENEZUELA	642
A.	Los controles de cambios y precios del régimen chavista.....	642
a.	El control de cambios.....	642
b.	El control de precios	650
B.	Las nacionalizaciones y estatizaciones del régimen chavista..	651
a.	Tipos de nacionalización y estatización	651
b.	Irrespeto de los fines de la expropiación y ausencia de procedimiento e indemnización.....	651
CONCLUSIÓN.....		652

**IX. PARTE
FALSEAMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN SOCIAL**

21. DEMOLICIÓN SISTEMÁTICA DE LA LIBERTAD SINDICAL

César CARBALLO MENA

1.	PREÁMBULO.....	653
2.	LIBERTAD SINDICAL	654
	2.1. Trazos cardinales	654
	2.2. Evolución normativa	654
3.	EPIGRAMA DE UNA DEMOLICIÓN	660
	3.1. Control sindical	660
	3.2. Estatización sindical	664
	3.3. Sumisión sindical	667
4.	TIEMPO DE ESCOMBRAR	670

APÉNDICES

Allan R. BREWER-CARÍAS

	APRECIACIONES CRÍTICAS SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y SU SUBYACENTE PROYECCIÓN AUTORITARIA.....	673
	PRIMERO: RAZONES PARA “NO” FIRMAR EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN (18 DE NOVIEMBRE DE 1999).....	673
	SEGUNDO: RAZONES DEL VOTO “NO” EN EL REFERÉNDUM APROBATORIO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 (30 DE NOVIEMBRE DE 1999)	676
	1. El proyecto de Constitución o la frustración del necesario cambio político.....	676
	2. Apreciación general: el proyecto de Constitución debe ser rechazado por estar concebido para el autoritarismo, el paternalismo estatal, el populismo y el estatismo insolvente	679
	TERCERO: REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 (11 DE MAYO DE 2000)	680
I.	LA CONSTITUCIÓN DE 1999 O LA FRUSTRACIÓN DEL NECESARIO CAMBIO POLÍTICO	680
II.	EL PROBLEMA DE UNA CONSTITUCIÓN POLÍTICA CONCEBIDA PARA EL AUTORITARISMO.....	683
	1. El nuevo nombre de la “República Bolivariana de Venezuela” y su carácter partisano	683
	2. La burla al proceso de descentralización: el Estado Federal Descentralizado con un marco centralista y la eliminación del Senado	685

3.	La representación proporcional y la supervivencia de la partidocracia	687
4.	El presidencialismo exacerbado	687
5.	El desbalance en la separación de Poderes por la concentración del Poder en la Asamblea Nacional	688
6.	La base constitucional para el militarismo	689
III.	EL PROBLEMA DE UNA CONSTITUCIÓN SOCIAL CONCEBIDA PARA EL PATERNALISMO Y EL POPULISMO ...	689
1.	La grave lesión a la garantía constitucional de la reserva legal	690
2.	La ausencia de consagración constitucional de derechos de protección al niño desde la concepción	690
3.	La siembra constitucional del principio para el control de la libertad de información.....	692
4.	La confusión entre buenas intenciones y los derechos constitucionales y el engaño que deriva de la imposibilidad de satisfacer algunos.....	692
5.	El excesivo paternalismo estatal y la minimización de las iniciativas privadas en materia de salud, educación y seguridad social	693
6.	La discriminación constitucional a favor de los pueblos indígenas y la siembra de principios desintegradores del Estado	694
IV.	EL PROBLEMA DE UNA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA CONCEBIDA PARA EL ESTATISMO INSOLVENTE	695
1.	La posibilidad casi ilimitada de intervención estatal en la economía.....	695
2.	La incapacidad financiera para la atención por el Estado de las tareas y responsabilidades que se le asignan.....	696
3.	La consagración del terrorismo fiscal como ilusión para resolver la insolvencia estatal y la desprotección de los contribuyentes.....	696
4.	La lesión a la autonomía del Banco Central de Venezuela.....	697
V.	APRECIACIÓN GENERAL: UNA CONSTITUCIÓN CONCEBIDA PARA EL AUTORITARISMO, EL PATERNALISMO ESTATAL, EL POPULISMO Y EL ESTATISMO INSOLVENTE.....	697

Este libro recoge las ponencias de la mesa redonda u **opening session** celebrada el 16 de marzo de 2021 con el preocupante título **El Falseamiento del estado de derecho**. El evento fue patrocinado por las Academias Iberoamericanas de Jurisprudencia y por la **World Jurist Association** y **World Law Foundation** en la ruta de celebración del XXVII del Congreso Bienal Mundial sobre el Estado de Derecho en Barranquilla, Colombia los días 2, 3 diciembre de 2021.

Los organizadores tuvieron el acierto de identificar a la ciudad de Caracas como sede virtual de esta iniciativa. La Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela tuvo el privilegio de dirigir esta **opening session**. Esta circunstancia permitió aumentar la visibilidad global sobre la grave situación, crónica, de desinstitucionalización del Estado de Derecho, la disfunción de la democracia y la violación sistemática de los derechos humanos de las personas bajo jurisdicción del Estado venezolano.

Los temas inicialmente tratados en la **opening session** de Caracas tuvieron por objeto denunciar las prácticas más típicas sobre **falseamiento constitucional**, particularmente las que versan sobre la denominada constitución política, con grave merma del goce y disfrute de los derechos políticos, como la ausencia de elecciones libres y justas, el irrespeto del pluralismo político e ideológico y el asedio a las libertades de expresión y asociación. La institucionalidad del tejido democrático se resiente con la ruptura del orden institucional que descansa en la separación, independencia y equilibrio de poderes, así como en la legalidad y constitucionalidad de su actuación.

Esperamos que las experiencias comentadas por las academias Iberoamericanas de jurisprudencia en la **opening session** de Caracas contribuyan de manera útil a la discusión y comprensión de las amenazas y las realidades de este Estado de derecho falso, falseado y fraudulento que ha hecho aparición en nuestra América Latina en estos comienzos del siglo XXI, a luz de todo el mundo democrático.

Ojalá sirva de revulsivo contra la improvisación y la desmemoria y nos permita reconstruir el tejido democrático, fortalecer el Estado de Derecho y asegurar la efectividad de los derechos humanos en nuestros países.

ISBN: 978-980-416-037-0



9 789804 160370