

Nº 11

Cariátides

Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica

Editorial

El salto de la franja amarilla y la situación de la democracia en Venezuela
Jhenny Rivas Alberti 1007-1016

La Asamblea Nacional Constituyente

El proceso constituyente de 1999: Crónica y algunas lecciones
Carlos García Soto 1017-1041

Comentarios sobre la convocatoria de una supuesta Asamblea Nacional
Constituyente contenida en el Decreto N° 2.830, del 1 de mayo de 2017
Jesús M. Casal 1042-1054

El derecho a manifestación pública y la represión del Estado

El derecho de reunión y manifestación
Alexander Espinoza Rausseo 1055-1134

El uso de armas y sustancias tóxicas en el control de las manifestaciones pacíficas
es inconstitucional, antidemocrático y acarrea responsabilidad de los funcionarios
públicos que lo ordenen o ejecuten, a pesar de lo que haya decidido la Sala Político
Administrativa
María Alejandra Correa 1135-1149

El parlamento y la Sala Constitucional

Las patologías procesales de las sentencias números 155/2017 y 155/2017 de la
Sala Constitucional
Víctor Jiménez Escalona 1150-1230

MAYO
2017

PÁGINA EN BLANCO

Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica

Mayo 2017

Depósito Legal pp CA2017000003
ISSN: En trámite

Edición:

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela
Dirección General de Investigación y Desarrollo Legislativo
Dirección de Investigación y Asesoría Jurídica
División de Estudios y Representación



Instituto de Estudios Constitucionales



Prof. Emerson Affonso da Costa Moura
Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF
Governador Valadares, MG, Brasil.

PÁGINA EN BLANCO

Consejo Editorial

Alan E. Vargas Lima

Universidad Privada Franz Tamayo (Bolivia)

Alberto Blanco-Urbe Quintero

Universidad Central de Venezuela

Alejandro Gallotti

Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

Alexander Espinoza Rausseo

Universidad Central de Venezuela

Anabella Abadi M.

Universidad Católica Andrés Bello

Antonio Silva Aranguren

Universidad Central de Venezuela

Armando Luis Blanco Guzmán

Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

Carlos García Soto

Universidad Central de Venezuela

Carlos Luis Carrillo Artiles

Universidad Central de Venezuela

César Pérez Guevara

Abog. Universidad Central de Venezuela

Emerson Affonso da Costa Moura

Universidade Federal de Juiz de Fora, Brasil

Felipe Dalenogare Alves

Faculdade Antonio Meneghetti (Brasil)

Fernando M. Fernández

Universidad Central de Venezuela

Francisco Palacios Romeo

Universidad de Zaragoza, España

Jhenny Rivas Alberti

Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

Jorge Kiriakidis

Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

José Alberto Lejed Cona

Universidad Central de Venezuela

José Ignacio Hernández G.

Universidad Central de Venezuela

Juan Carlos Rey

Universidad Central de Venezuela

María Alejandra Correa

Universidad Central de Venezuela

Mauricio R. Pernía-Reyes

Universidad Católica del Táchira, Venezuela

Roberto Hung Cavalieri

Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

Rubén A. Guía Chirino

Abog. Universidad Santa María, Venezuela

Víctor Jiménez Escalona

Abog. Universidad José María Vargas

PÁGINA EN BLANCO

Presentación

Nos complace presentar la *Undécima Edición de la Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica*. Nuestro objetivo es impulsar un acercamiento entre la Asamblea Nacional y la comunidad jurídica, para obtener mejores resultados en la actividad legislativa. Tratamos de plantear propuestas basadas en un método jurídico, que permitan a los parlamentarios enfrentar problemas de actualidad, especialmente los referidos a los mecanismos de defensa de la Constitución y reafirmar la vigencia del ordenamiento jurídico.

PÁGINA EN BLANCO

El salto de la franja amarilla y la situación de la democracia en Venezuela

A todos los presos políticos de Venezuela

*Jhenny Rivas Alberti**

Una definición mínima de democracia supone por una parte el reconocimiento y respeto del derecho a participar directa o indirectamente en la toma de decisiones colectivas para un número muy alto de ciudadanos, pero esto además debe ir acompañado de reglas procesales en las que se concreta el principio democrático. Además es imprescindible que aquellos que están llamados a decidir o a elegir a quienes deberán decidir, estén en condiciones de seleccionar entre las distintas alternativas planteadas. Para ello es necesario que se garantice a quienes deciden los llamados derechos de opinión, manifestación y asociación. Estos derechos son el supuesto necesario del correcto funcionamiento de los mecanismos procesales que caracterizan a un régimen democrático.¹

Desde el año 1999 se han socavado pilares fundamentales del Estado de Derecho y de la democracia, convocar a una Asamblea Nacional Constituyente que no estaba prevista en la Constitución de 1961, fue un hecho que contó con un importante apoyo popular pero supuso la primera gran fractura que sufriría nuestra ya agonizante democracia. Las reglas del juego democrático deben ser siempre respetadas porque cuando se traspasa la línea amarilla una vez, hay menos precaución para una próxima oportunidad.

* Abogado summa cum laude UCV, Doctora en Derecho UNIZAR España, Profesora UCAB

¹ Bobbio Norberto, El Futuro de la Democracia, pág.26

Los representantes a la Asamblea Constituyente fueron electos con un ardid matemático llamado el "Kino", escogido por el nuevo gobierno de antemano para determinar la distribución de los escaños, sus partidarios obtuvieron 125 asientos (95% del total), la oposición sólo obtuvo 6 asientos.

Con estas fallas de origen se instaló la Asamblea Nacional Constituyente la cual no se limitó a elaborar una nueva constitución. El 13 de agosto de 1999 dictó el Decreto de Reorganización de todos los Órganos del Poder Público. Posteriormente dictó Decretos como el que regulaba las Funciones del Poder Legislativo creado la Comisión Legislativa de la Asamblea Nacional Constituyente, asumiendo con ello las competencias del Congreso de la República a pesar de mantenerse aún vigente la Constitución de 1961.

También se dictó el Decreto de Reorganización del Poder Judicial, estableciendo la creación de una Comisión de Emergencia Judicial que podía designar, destituir, y suspender jueces, inspectores y revisar las actuaciones de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, entre otras funciones. En caso de destitución el afectado podía apelar la decisión ante la Asamblea Nacional Constituyente, esto es, no sólo asumió competencias legislativas sino también jurisdiccionales. Comenzaba así la destrucción del Poder Judicial, cuyas fallas no podían negarse, pero la solución propuesta no se ajustaba al marco constitucional vigente ni al propuesto por las bases aprobadas mediante referendo consultivo por el Pueblo. Otra vez se traspasaba la franja amarilla, sin mayores consecuencias; el apoyo popular lo justificaba todo.

Además se suspendieron las elecciones municipales que debían realizarse durante el año 1999, la Asamblea Nacional constituyente “podía hacerlo todo”. El 15 de diciembre de 1999 fue aprobada la Constitución con 55.62% de abstención. Pero no es sino hasta el 30 de julio del año 2000 que se va a elecciones generales en la llamada relegitimación de los poderes. Es necesario recordar que la llamada Comisión Legislativa se mantuvo en funciones después de aprobada la Constitución de 1999 con plenos poderes para legislar, destituir y todo cuanto fuese necesario para alcanzar los objetivos propuestos.

El 3 de febrero del año 2003 se realizó el llamado firmazo, iniciativa que pretendía recolectar firmas para solicitar el referendo revocatorio del para el entonces Presidente Hugo Chávez. Como se buscaba activar varias iniciativas refrendarias constitucionales contra funcionarios públicos, cuyos cargos y magistraturas son de elección popular, se recogieron y almacenaron más de 27 millones de firmas. Estas firmas fueron anuladas por el CNE alegando la existencia de firmas planas. El referendo revocatorio se llevó a cabo más de un año después de que se activara la solicitud por parte de la ciudadanía, esto es, en agosto del año 2004, con absoluto ventajismo hacia el oficialismo.

Una de las trágicas consecuencias de un proceso tan cívico como lo fue la recolección de las referidas firmas fue la llamada *lista Tascón*, cuyo impulsor fue el *Dip. Luis Tascón* a quien el CNE suministró electrónicamente los datos de las personas que solicitaron la activación del referendo revocatorio mediante sus firmas, dicha lista fue utilizada para remover a funcionarios

públicos, rescindir contratos a trabajadores y provocar una especie de “limpieza” en la Administración Pública contra todos los “traidores al régimen”. La lista se aplicó durante años también para permitir o no el acceso a la Administración Pública. Traspasar la franja amarilla se hacía cada vez más fácil. El 14 de febrero del año 2017 se realizó la primera Audiencia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la denuncia de discriminación política interpuesta por un grupo de ciudadanos que fueron despedidos por la llamada *lista Tascón*. Esta y otras formas de discriminación política se han mantenido hasta la actualidad pues también se produjeron despidos durante el año 2016 en virtud de la recolección de firmas para activar el referendo revocatorio contra *Nicolás Maduro*. La fidelidad que deben los funcionarios públicos es sólo a la Constitución no a partidos ni a funcionario público alguno.

En el año 2005 una sentencia de la Sala Constitucional permitió la utilización de las llamadas “morochas” el cual es un sistema electoral fraudulento que beneficia sólo a las mayorías y va en detrimento de las minorías, eliminando la representación proporcional pilar fundamental de nuestro sistema electoral. Esta decisión, enfrió la contienda electoral ya que eliminó el factor competencia al dar la sensación que el MVR arrasaría de todas maneras, tal y como lo hizo en las elecciones municipales (7-08-05). Una vez más la arbitrariedad se impuso y al Pueblo no pareció molestarle lo suficiente.

El 15 de agosto del año 2007 se presentó el Proyecto de Reforma Constitucional por el *Presidente Hugo Chávez*, que incluía, entre otros aspectos la llamada reelección presidencial ilimitada o continua, la cual fue rechazada

por el Pueblo mediante referendo el 3 de diciembre de 2007. Sin embargo, la voluntad del Pueblo no fue respetada y el 15 de febrero de 2009 se aprobó la reelección continua mediante una enmienda constitucional no sólo para el Presidente de la República sino también para otros cargos de elección popular.

El término gobierno alternativo parece originarse en el Derecho Constitucional venezolano. Se encuentra por primera vez en la Constitución de 1830 y después, en las constituciones de 1864 y siguientes hasta 1922, para los gobiernos de los estados y desde 1925 en adelante para el gobierno nacional y de los estados.² El término alternativo aplicado al Ejecutivo significa la no reelección para el período inmediato.³

Este principio de no reelegibilidad del presidente en el período constitucional inmediato ha sido establecido en las constituciones por temor a que un *“presidente perpetuándose en el poder, se desvíe totalmente de la democracia para llegar al gobierno personal y al despotismo”*.⁴

Nuevamente se saltaron la franja amarilla debilitando aún más la democracia y desconociendo la voluntad popular expresada en la Reforma Constitucional.

El premio Nobel de Economía *Sen Amartya K.*, en su obra *Desarrollo y Libertad* establece con el tema de los derechos fundamentales la profunda relación que existe entre el tipo de sistema político y la presencia de situacio-

² Wolf Ernesto, Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I, 1945, pág.76

³ Wolf Ernesto, Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I, 1945, pág.77

⁴ Wolf Ernesto, Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I, 1945, pág.78

nes como las hambrunas. Un sistema democrático por sí solo (es decir, con independencia de las condiciones económicas del país de que se trate) puede hacer frente a una hambruna o incluso prevenirla. Viviendo en democracia, la amenaza de que se produzcan hambrunas en un país genera una presión enorme para los gobernantes, los cuales cuentan con fuertes incentivos para tratar de combatirlas o prevenirlas.⁵

Los derechos civiles y políticos les otorgan a las personas la oportunidad de atraer atención hacia las necesidades generales y para demandar la correspondiente acción pública. La respuesta de un gobierno hacia un intenso sufrimiento de su gente muchas veces depende de la presión que se ejerza sobre él. El ejercicio de derechos políticos (como votar, criticar, protestar y demás) puede marcar una verdadera diferencia sobre los incentivos políticos que operan sobre un gobierno.⁶

En algunos casos la ausencia de libertad se une estrechamente a la falta de servicios públicos y asistencia social, tales como la inexistencia de programas epidemiológicos, medidas organizadas para el cuidado de la salud, instalaciones educativas, instituciones efectivas en la preservación de la paz y el orden locales. Hay casos, incluso, donde la violación de la libertad es el resultado directo de la negación de libertades civiles y políticas de parte de un régimen autoritario así como de la imposición de restricciones a la libertad de participar en la vida social, política, y económica de la comunidad.⁷

⁵ Sen Amartya K, Desarrollo y Libertad, p. 250.

⁶ Sen, Amartya K, El Valor Universal de la Democracia, p.280

⁷ Sen Amartya K, El Desarrollo como Libertad, p.15

Los derechos civiles y políticos le dan a la gente la oportunidad de atraer atención hacia las necesidades generales y para demandar la correspondiente acción pública. Para Sen Amartya, “*en la terrible historia de la hambruna en el mundo, nunca ha habido una verdadera hambruna en alguna nación democrática e independiente con una prensa relativamente libre*”.⁸

Desde el punto de vista social, los más vulnerables no extrañan la democracia cuando en el tema económico marcha bien, pero el poder político se encarga de mantenerles reprimidos cuando una crisis desigual se desarrolla. El rol protector de la democracia se extraña cuando más se le necesita.⁹

El gobierno del *Presidente Chávez* llevó adelante una agresiva política económica contra la empresa privada caracterizada por “*expropiaciones*” sin indemnización, confiscaciones, vías de hecho, régimen cambiario, control de precios, provocando una importante crisis de la producción nacional y promoviendo la importación desmedida de alimentos y otros productos de primera necesidad, los altos precios del petróleo lo permitían, los ataques a la democracia no se sentían tan graves porque el precio del petróleo soportaba tal peso.

Pero la baja en los precios del petróleo entre los años 2009 y 2010 comenzó a producir los efectos tantas veces anunciados, ya el ejecutivo no podía importar tanto como lo hacía antes, agudizándose cada vez más la escasez de alimentos y medicamentos con el establecimiento de días para comprar alimentos o productos de primera necesidad y el sistema biométrico de huella

⁸ Sen, Amartya K, El Valor Universal de la Democracia, p.280

⁹ Sen, Amartya K, El Valor Universal de la Democracia, p.280

digital. Hasta llegar a los Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP), política discriminatoria, que no es de libre acceso y que vulnera el derecho a la alimentación, entendido como un derecho incluyente. Es un derecho a todos los componentes nutritivos que una persona necesita, para vivir una vida sana y activa, y a los medios para tener acceso a ellos.¹⁰

Las garantías de la democracia comienzan a extrañarse cuando la economía ya no marcha bien, es en la actualidad cuando se ven las graves consecuencias de las expropiaciones y del método “CHAZ”.

Nuevamente, y en lo político, la democracia sufre otro duro golpe cuando en el año 2012 el CNE decide adelantar las elecciones presidenciales sin ninguna explicación para el mes de octubre, beneficiando evidentemente al candidato Presidente Chávez cuya salud no le permitiría presentarse para las elecciones en el mes de diciembre, lo cual se evidenció porque no pudo asistir a la toma de posesión el 10 de enero del año 2013. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia avaló la tesis de la continuidad en el mandato y por lo tanto la no necesidad de juramentarse. Pero lo cierto es que estábamos ante una falta absoluta pues el Presidente electo se ausentó del país desde el mes de diciembre y nunca más ejerció su cargo, falleciendo el 5 de marzo de 2013. Ya no importaba saltarse la franja amarilla sólo mantener el poder.

Con ocasión de las manifestaciones del año 2014 se produce un número importante de personas privadas de libertad por delitos de opinión o su participación en manifestaciones públicas, siendo considerados sin lugar a ninguna

¹⁰ ONU, El Derecho a la Alimentación Adecuada, p.20

duda, como presos de conciencia, presos políticos. La lista se hace cada día más extensa e incluye políticos, profesores universitarios, estudiantes, amas de casa, abogados defensores, activistas de derechos humanos entre otros. Eliminar a la oposición y al pensamiento disidente es el objetivo, llegando incluso a someter a civiles a la jurisdicción militar en franca violación del principio constitucional del juez natural.

Finalmente, y como en una de las tantas paradojas a las que hemos estado sometidos en estos años nuevamente se plantea una Asamblea Constituyente, pero con mayores vicios que aquella a la cual me referí al inicio de esta reflexión, porque a diferencia de lo que ocurría en la Constitución de 1961 la Constitución de 1999 si establece la Asamblea Constituyente en sus artículos 347 y 348, consagrando como cláusula intangible de la Constitución que el Pueblo es el depositario del Poder Constituyente originario por ello sólo él puede llamar a una Asamblea Constituyente. El Constituyente distinguió entre la convocatoria y la iniciativa de convocatoria, aquellos con iniciativa de convocatoria, a saber: *“el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; los Concejos Municipales en cabildo, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; o el quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral”* (artículo 348 constitucional) sólo pueden someter a la voluntad del constituyente originario si aprueba la convocatoria a una Asamblea Constituyente. Como consecuencia lógica las bases comiciales y todo cuanto se refiera a la instalación y desarrollo de la Asamblea Constitu-

yente debe ser aprobado por el Pueblo. Ningún poder constituido puede sustituir la voluntad del Pueblo.

Al final de cuentas ya estaban del otro lado de la franja amarilla desde hace un buen rato y el desconocimiento de la voluntad popular no les resulta incómodo.

No obstante, hay una generación que no supera los veinte años, y cuyo talento democrático es más que evidente, a pesar de sólo haber visto las ruinas de nuestra democracia, pero ellos tienen espíritu libertario y conciencia democrática; saben que hay mucho más en la vida que esperar a que te vendan una bolsa de comida, a ellos nuestro aplauso sostenido y de pie.

El proceso constituyente de 1999: Crónica y algunas lecciones

*Carlos García Soto**

En este año 2017 se cumplen 18 años desde que fue aprobada la Constitución de 1999.

Por ello, muchos venezolanos adultos no fueron testigos de cómo se desarrolló ese proceso de redacción y aprobación de la Constitución.

Sin embargo, de ese proceso cabe aprender varias lecciones.

Además, la Constitución ha sido parte importante del debate político, sobre todo en los últimos años. Lo cual también es una buena razón para saber cómo se gestó y se redactó.

La crónica de la redacción y aprobación de la Constitución de 1999 está íntimamente vinculada con la historia reciente de Venezuela, porque la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente fue la principal oferta electoral del entonces candidato Hugo Chávez Frías.

Pero esa Asamblea Nacional Constituyente no sólo dio lugar a la Constitución de 1999, sino que fue el instrumento por el cual la mayoría reflejada en esa Asamblea Nacional Constituyente se hizo con el control de buena parte del Estado venezolano. Toda la historia posterior del país está directamente influenciada por los hechos ocurridos en 1999.

Por ello, a través de estas notas nos proponemos resumir el proceso a través del cual (i) se convocó la Asamblea Nacional Constituyente, (ii) se discutió la Constitución y (iii) se aprobó, sancionó y promulgó esa Constitución.

* Profesor de la Universidad Monteávila y de la Universidad Central de Venezuela

El proceso constituyente, como se señaló, no sólo dio lugar a la Constitución, sino que implicó que la Asamblea Nacional Constituyente asumiera el control de los Poderes Públicos. La redacción de la Constitución de 1999 y la toma del Estado venezolano a través de la Asamblea Nacional Constituyente se dio en paralelo. Estas notas se dedican sólo al proceso de redacción de la Constitución. La toma del Estado por esa Asamblea Nacional Constituyente es una historia distinta, que también convendría relatar.

1 El contexto en el cual se plantea el tema constituyente

Para el momento en el cual el Presidente Chávez asume la presidencia estaba vigente la Constitución de 1961. Esta Constitución había sido producto del consenso entre las distintas fuerzas políticas democráticas que hacían vida luego del fin de la dictadura del General Marco Pérez Jiménez (1958). En buena medida, la Constitución de 1961 está influenciada por otra Constitución también de consenso, la de 1947.

De tal manera, la Constitución de 1961 era la Constitución con mayor vigencia en la historia republicana de Venezuela, y fue la Constitución que rigió durante prácticamente todo el período democrático que se iniciaría en 1958.

Justo antes del golpe de Estado de 4 de febrero de 1992, se había comenzado a plantear ante la opinión pública la necesidad de la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, como un instrumento para recomponer el sistema político. Con ocasión del golpe de Estado fallido del 4 de febrero de 1992, el planteamiento se haría más común.

En paralelo, se intuye en varios sectores y personalidades la necesidad de discutir una reforma general a la Constitución de 1961. Para ello, se conforma una Comisión especial en el Senado de la República, presidida por la autoridad que significaba el expresidente Rafael Caldera.

Igualmente, con ocasión de los trabajos desarrollados por la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), se harían importantes planteamientos para una reforma de la Constitución.

Del mismo modo, varios dirigentes políticos e intelectuales plantearían a partir de 1992 al país la conveniencia de ir a un proceso constituyente, como una forma de legitimar el sistema político venezolano, ampliando los canales de participación y representación.

En todo caso, como se señaló, para la elección presidencial de 1998, en la que resultaría vencedor el candidato Chávez, la Constitución vigente era la Constitución de 1961, en la medida en la que ninguna de las iniciativas de reforma de la Constitución que se habían planteado llegó a término.

2 La propuesta del candidato Chávez sobre la Constituyente

Si se quiere, la discusión sobre el proceso constituyente perdió un poco de fuerza a partir del inicio del segundo gobierno del Presidente Caldera. Pero con ocasión de la campaña presidencial de 1998 retomaría interés, sobre todo a partir de su planteamiento por el candidato Chávez.

La propuesta fundamental del candidato Chávez fue la convocatoria a una ANC, que tuviera como objeto (i) refundar la República y (ii) crear un nuevo ordenamiento jurídico.

3 La propuesta de la Constituyente en el marco de la Constitución de 1961

La propuesta de la Constituyente no implicaba una mera enmienda o reforma de la Constitución. Implicaba nada menos que sustituir la Constitución de 1961 por una nueva Constitución.

Pero para asegurar un mínimo de institucionalidad, esa sustitución de la Constitución de 1961 debía implicar, al menos, dos aspectos: (i) por una parte, que la derogación de la Constitución de 1961 y su sustitución por una nueva se realizara según un cauce formal permitido por la propia Constitución de 1961 y (ii) que hasta que no se dictara una nueva Constitución, la Constitución de 1961 debía mantener íntegra su vigencia. Como luego veremos, ninguna de esas garantías institucionales mínimas se mantuvieron en el proceso constituyente venezolano de 1999.

La Constitución de 1961 sólo permitía dos cauces formales para su modificación: (i) la enmienda, para modificaciones puntuales que no alteraran la estructura fundamental de la Constitución, y (ii) la reforma, para modificaciones que sí implicaran una alteración importante de la Constitución (artículos 245 al 248 de la Constitución de 1961). Por ello, la Constitución no podía ser modificada, derogada o sustituida por un mecanismo distinto a la enmienda o a la reforma. En ese sentido, si se quería incluir a la Asamblea

Nacional Constituyente como un mecanismo para sustituir a la Constitución de 1961, primero había que, precisamente, modificar la Constitución de 1961, para incluir en ella la figura de la Constituyente, lo cual implicaba que el electorado se pronunciara a favor de esa modificación de la Constitución (artículo 246 de la Constitución de 1961).

Desde ese punto de vista, entonces, en Venezuela no podía convocarse una Asamblea Nacional Constituyente, salvo que se modificara la Constitución, por la sencilla razón de que la misma Constitución señalaba los únicos mecanismos a través de los cuales podía ser modificada, y en esos mecanismos no estaba contemplada una Constituyente.

Ello, por supuesto, implicaba un serio obstáculo para la propuesta que impulsaba el entonces candidato Chávez: la Constituyente no era un mecanismo de sustitución de la Constitución previsto en la Constitución de 1961. Con lo cual, desde el punto de vista constitucional, no podía convocarse a un proceso constituyente bajo la vigencia de la Constitución de 1961, a menos que se modificara la Constitución de 1961.

4 La elección del candidato Hugo Chávez como Presidente y la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente

En todo caso, el 6 de diciembre de 1998 el candidato Chávez ganaría la elección presidencial, obteniendo el 56,20 % de los votos, sobre el 40 % obtenido por el candidato Henrique Salas, con una abstención del 36,24 %.

Para ese momento, la discusión constitucional en torno a la Constituyente se manifestaba a través de dos posiciones: o era necesaria una reforma a la

Constitución de 1961 para incluir en ella la figura de la Constituyente, o el pueblo convocado podía expresar su soberanía decidiendo directamente la convocatoria a una Constituyente, a pesar que ésta no estuviera prevista en la Constitución de 1961.

En relación con esta última posición se planteó acudir a la figura del referendo consultivo prevista en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1997. Conforme a esa norma, el Presidente de la República en Consejo de Ministros; el Congreso de la República o un 10% de electores inscritos en el Registro Electoral tenían la iniciativa para “convocar la celebración de un referendo con el objeto de consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional”.

Esta opción, es bueno aclararlo, partía de la base según la cual supuestamente si el pueblo se expresaba en un referendo consultivo a favor de la Constituyente, ésta podría ser convocada para que sustituyera la Constitución de 1961, aun cuando esa Constitución no incluyera a la Asamblea Nacional Constituyente como uno de los mecanismos institucionales para su modificación.

5 Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia sobre el carácter del referendo consultivo

5.1 ¿Qué se planteó a la Corte Suprema de Justicia?

Habíamos señalado que en la medida en la que en la Constitución de 1961 no se establecía la posibilidad de una convocatoria a un proceso constituyente para modificar la Constitución, se planteó la discusión jurídica sobre

si era posible celebrar un referendo consultivo para que el pueblo se expresara acerca de la Constituyente. En paralelo, se planteaba la discusión principal del asunto: si era o no conforme a la Constitución el convocar a una Asamblea Nacional Constituyente no prevista expresamente en la propia Constitución.

En definitiva, la duda que se planteaba era si un referendo consultivo era un mecanismo suficiente para convocar a una Asamblea Nacional Constituyente no prevista en la Constitución. Por ello, no se discutía si el referendo podía o no celebrarse. En realidad, el referendo consultivo era un derecho de los ciudadanos, reconocido incluso en la propia Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. Lo que no estaba claro es si ese referendo era suficiente para convocar la Constituyente.

Sobre cada uno de estos dos temas, se plantearían ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia dos recursos de interpretación. Tales recursos fueron decididos a través de dos sentencias del 19 de enero de 1999, denominadas entonces como los casos *Referendo Consultivo I* y *Referendo Consultivo II*.

Por supuesto, para la Corte no era un asunto menor la solución a esos dos recursos. Porque, tal como se estaban desarrollando los acontecimientos, parecía que a la Corte le iba a corresponder dar una solución jurídica al conflicto político-constitucional que se había planteado en el país.

En la sentencia *Referendo Consultivo II* la Sala Político-Administrativa resumiría su interpretación cuál era el asunto de fondo que tenía ante sí:

“Si la Constitución como norma suprema y fundamental puede prever y organizar sus propios procesos de transformación y cambio, en cuyo caso el principio democrático quedaría convertido en una mera declaración retórica, o si se estima que, para preservar la soberanía popular, es al pueblo a quien corresponderá siempre, como titular del Poder Constituyente, realizar y aprobar cualquier modificación de la Constitución, en cuyo supuesto la que se verá corrosivamente afectada será la idea de supremacía”.

Sin embargo, la Corte no dio una interpretación definitiva al problema que se le estaba planteando. Es decir, no señaló con la claridad que quizá se aspiraba si podía o no convocarse una Asamblea Nacional Constituyente, a partir de un referendo consultivo, a pesar que esa figura no estuviera prevista en la Constitución. En definitiva, si era posible o no convocar a un proceso constituyente sin modificar antes la Constitución de 1961.

Por el contrario, la Corte realizó extensas consideraciones sobre el papel de la Constitución y el lugar de la soberanía popular, y si bien en algunos momentos parecía que iba a expresar una conclusión expresa sobre el problema planteado, luego el camino argumental se interrumpía.

5.2 Las respuestas de la Corte Suprema de Justicia

Uno de los principales problemas que se le planteaban a la Corte era que determinara si era posible convocar a un referendo consultivo para que el electorado pronunciara su opinión sobre un proceso constituyente. Sobre este aspecto, la sentencia *Referendo Consultivo I*, como era lógico, señalaría que resultaba

“procedente convocar a un referendo en la forma prevista en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, para consultar la opinión mayoritaria, respecto de la posible convocatoria a una Asamblea Constituyente”.

De tal manera, no había ningún problema jurídico en que se consultara al electorado a través de un referendo consultivo sobre su opinión acerca de una Asamblea Nacional Constituyente. En ese sentido, el proceso constituyente era un derecho de los ciudadanos, incluso previsto expresamente en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, como ya se señaló.

Pero el tema fundamental planteado a la Corte sería si era posible que se convocara a la Constituyente sin que ésta estuviera prevista en la Constitución.

Sin embargo, en las sentencias la Corte no se pronunció de modo expreso sobre si era o no posible convocar una Constituyente aún a pesar de no estar prevista en la Constitución como un instrumento para la reforma o sustitución de la Constitución. Por el contrario, realizó varias consideraciones, ambiguas, sobre la soberanía popular y su relación con el poder constituyente.

Con lo cual, el verdadero problema constitucional que estaba planteado, es decir, si podía o no convocarse una Constituyente a pesar de no estar prevista en la Constitución, no fue resuelto expresamente por las decisiones de la Corte. En realidad, las sentencias, como se dijo, se dedicaron a afirmaciones generales sobre los asuntos planteados. Sin embargo, de varios párrafos de las sentencias podía concluirse que en criterio de la Corte, o los Poderes Públicos competentes establecían el régimen de la Constituyente, o era preciso modificar la Constitución para incluir la figura de la Constituyente, aún luego de un referendo consultivo en el cual los votantes se manifestaran a su favor.

Por ejemplo, en la sentencia *Referendo Consultivo II* se dirá:

“Ciertamente que el asunto que se debate en el presente caso, tiene una especial transcendencia nacional, en la medida en que los resultados de una consulta popular como la que se pretende, sería factor decisivo para que los órganos competentes del Poder Público Nacional diseñen los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea a los fines propuestos; o para que, previamente, tomen la iniciativa de enmienda o de reforma que incluya la figura de una Asamblea de esta naturaleza”.

También se señalaría de modo ambiguo en la sentencia *Referendo Consultivo I*:

“Aún cuando el resultado de la decisión popular adquiriera vigencia inmediata, su eficacia solo procedería cuando, mediante los mecanismos legales establecidos se dé cumplimiento a la modificación jurídica aprobada. Todo ello siguiendo procedimientos ordinarios previstos en el orden jurídico vigente, a través de los órganos del Poder Público competentes en cada caso. Dichos órganos estarán en la obligación de proceder en ese sentido”.

Sin embargo, otras afirmaciones de la sentencia *Referendo Consultivo II* eran aún más confusas, y permitieron que se creara la idea en parte de la opinión pública de que sí podía procederse a convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, aun cuando no estuviera prevista expresamente en la Constitución. Por ejemplo, entre otros, señalaría en un párrafo:

“Un sistema participativo, por el contrario, consideraría que el pueblo retiene siempre la soberanía ya que, si bien puede ejercerla a través de sus representantes, también puede por sí mismo hacer valer su voluntad frente al Estado. Indudablemente quien posee un poder y puede ejercerlo delegándolo, con ello no agota su potestad, sobre todo cuando la misma es originaria, al punto que la propia Constitución lo reconoce”.

Pero otras afirmaciones confusas llevaban a otra conclusión. Por ejemplo, en la sentencia *Referendo Consultivo II* se dirá:

“Sin embargo, en ningún caso podría considerarse al poder constituyente originario incluido en esa disposición (art. 250), que lo haría nugatorio, por no estar expresamente previsto como medio de cambio constitucional. Es inmanente a su naturaleza

de poder soberano, ilimitado y principalmente originario, el no estar regulado por las normas jurídicas que hayan podido derivar de los poderes constituidos, aún cuando éstos ejerzan de manera extraordinaria la función constituyente.

Esta, indudablemente, es la tesis recogida por el propio constituyente de 1961, el cual, consagró normas reguladoras de la reforma o enmienda de la Constitución dirigidas al Poder Constituido y a un tiempo, incluso desde el Preámbulo, la consagración de la democracia como sistema político de la nación, sin soslayar, coherentemente, el reconocimiento de la soberanía radicada directamente en el pueblo.

Ello conduce a un conclusión: la soberanía popular se convierte en supremacía de la Constitución cuando aquélla, dentro de los mecanismos jurídicos de participación, decida ejercerla”.

De ese razonamiento ambiguo, parecía entonces que podía concluirse que el ejercicio de la soberanía popular, a través de un referendo consultivo, eventualmente podía implicar que esa soberanía se convirtiera en supremacía de la Constitución y, en consecuencia, en una forma de modificación de la Constitución.

5.3 La ambigüedad de los criterios de la Corte Suprema de Justicia y la interpretación de parte de la prensa

De tal manera, lo que podía concluirse de las sentencias *Referendo Consultivo I* y *II* era que (i) el pueblo podía expresar su opinión acerca de la Asamblea Nacional Constituyente mediante un referendo consultivo, (ii) de esa manifestación de voluntad podía derivarse un mandato político los Poderes Públicos para que establecieran un mecanismo institucional que permitiera convocar un proceso constituyente, pero (iii) la soberanía popular no podía estar limitada por los Poderes Públicos.

Que, por una parte, la Corte aclarara que era posible convocar un referendo consultivo para que el pueblo se expresara acerca de la Constituyente y, por

otra parte, que la Corte evadiera un pronunciamiento expreso acerca de si era posible desde el punto de vista constitucional la convocatoria a una Constituyente para sustituir la Constitución de 1961, dejaría entonces el asunto sin resolver de modo expreso por la Corte.

Como señalaría posteriormente el profesor y miembro de la Asamblea Nacional Constituyente Allan R. Brewer-Carías:

“lejos de decidir con precisión la cuestión constitucional planteada respecto de la posibilidad constitucional de la convocatoria de una Asamblea Constituyente y de la necesidad o no de reformar previamente la Constitución, tanto la sentencia *Caso Referendo Consultivo I* como la *Caso Referendo Consultivo II*, dejaron abierta la discusión constitucional” (*Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2002, p. 73).

De hecho, y como ha advertido Lolymar Hernández Carmargo, los argumentos terminaban siendo contradictorios entre sí:

“La Corte no podía reconocer la existencia de un poder constituyente originario e ilimitado sin desconocer la vigencia de la Constitución que le daba respaldo a todo ordenamiento jurídico y a su existencia como máximo tribunal de la República, por el contrario, si reconocía –como hizo- la vigencia del sistema jurídico y de la Constitución como norma suprema no podía vulnerarla haciendo uso de la noción ilimitada del poder constituyente originario” (*El proceso constituyente venezolano de 1999*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008, p 167).

Pero a pesar de la ambigüedad de los criterios de la Corte Suprema de Justicia, parte de la prensa daría su interpretación a lo interpretado por la propia Corte. Así, por ejemplo, en *El Nacional* se daría una lectura a las sentencias que favorecía la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente a partir de la celebración del referéndum consultivo:



Como señala Lolymar Hernández Camargo:

“lo más acorde con la institucionalidad y estabilidad del sistema era haber hecho una reforma general de la Constitución vigente. Sin embargo, en la opinión pública dominaba la tesis de la constituyente, como la panacea, como una forma de empezar de nuevo, de constituirse de nuevo, que garantizaba la solución a todos los problemas de una forma casi mágica” (*El proceso constituyente venezolano de 1999*, cit, pp. 140-141, nota 28).

Por supuesto, el gran riesgo político y constitucional de convocar una Asamblea Nacional Constituyente que no estuviera prevista y regulada en la Constitución, era que esa ausencia de regulación fuera una ocasión para que la Asamblea se autoproclamara como soberana y como exenta de cualquier regulación que limitara su actuación. Ese riesgo se verificaría luego en los hechos, cuando la Asamblea Nacional Constituyente actuó sin sujetarse a los Poderes Públicos ni a la Constitución.

En todo caso, correspondía al Congreso, cuando se incorporara a sus sesiones ordinarias en enero, decidir si procedía a realizar una enmienda o reforma a la Constitución, que incluyera la figura de la Asamblea Nacional

Constituyente como un mecanismo válido para sustituir la Constitución de 1961.

6 El referendo consultivo convocado por el Presidente Chávez

Sin embargo, el Congreso no tendría oportunidad de debatir sobre el importante asunto político-constitucional que el país tenía ante sí.

Durante el mes de enero, aún antes de tomar posesión, el Presidente electo Chávez conformó una comisión llamada “Comisión Presidencial Constituyente”, que tenía como objeto prestar asesoría sobre el modo de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente.

Y el mismo 2 de febrero, al tomar posesión del cargo, el ahora recién electo Presidente Chávez dictaría el Decreto N° 3, por medio del cual convocaría un referendo consultivo para que los electores se pronunciaran sobre la Constituyente. Así, el Presidente Chávez tomaría la delantera en la discusión, y plantearía el asunto para que el pueblo se expresara sobre la Constituyente, sin que fuera necesario entonces reformar la Constitución de 1961 para incluir a la Constituyente como un mecanismo válido para la sustitución de la propia Constitución de 1961.

No se olvide que cuando el Presidente electo tomó juramento ante el Presidente Caldera, advirtió:

“Juro delante de Dios, juro delante de la Patria, juro delante de mi pueblo, que sobre esta moribunda Constitución impulsaré las transformaciones democráticas necesarias para que la República nueva tenga una Carta Magna adecuada a los nuevos tiempos. Lo juro”.

Mediante el Decreto N° 3 (Gaceta Oficial N° 36.634 de 02 de febrero de 1999), el ya Presidente en funciones Hugo Chávez, dictaría la decisión de convocar al pueblo para un referendo consultivo sobre la Asamblea Nacional Constituyente. En realidad, y como puede constatarse del modo como fue planteado el referendo, el Presidente Chávez aspiraba a que la Constituyente fuera diseñada según el modo como él consideraba debía conducirse. En ese sentido, el texto del Decreto va a señalar:

“Artículo 1º: La realización de un referendo para que el pueblo se pronuncie sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente.

Artículo 2º: El Consejo Nacional Electoral ejecutará los actos necesarios para divulgar el contenido de la propuesta de convocatoria, invitar a los ciudadanos a participar en el referendo y realizar el escrutinio del acto de votación.

Artículo 3º El instrumento electoral contendrá las siguientes preguntas que serán contestadas con un “sí” o un “no”:

Primera: ¿Convoca usted una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una Democracia Social y Participativa?

Segunda: ¿Autoriza usted al Presidente de la República para que mediante un Acto de Gobierno fije, oída la opinión de los sectores políticos, sociales y económicos, las bases del proceso comicial en el cual se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente?”.

Por supuesto, la interpretación que el Presidente Chávez había dado a las sentencias de las Corte Suprema de Justicia, es que simplemente bastaba con que el Pueblo se manifestara a favor de la Constituyente, para poder convocarla. Por ejemplo, señalaría en el literal b) de la Exposición de Motivos de ese Decreto:

“La Corte Suprema de Justicia, en sus dos decisiones del 19 de enero de 1999, ha establecido que para realizar el cambio que el país exige, es el Poder Constituyente, como poder soberano previo y total, el que puede, en todo momento, modificar y tras-

formar el ordenamiento constitucional, de acuerdo con el principio de la soberanía popular consagrado en el artículo 4 de la Carta Fundamental”.

En este sentido, la redacción del Decreto era contraria a lo dispuesto por la Constitución, por la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, y por las mismas sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia, al (i) convertir el referendo revocatorio en una suerte de referendo decisorio o plebiscito, (ii) para sustituir la Constitución de 1961 a través de un mecanismo no previsto por ésta, (iii) para delegar en el recién electo Presidente Chávez la regulación del modo de elección de los miembros de esa Asamblea Nacional Constituyente y (iv) para que esa Asamblea Nacional Constituyente electa asumiera el control del Estado, en sustitución de los poderes constituidos.

7 Las reacciones al Decreto N° 3 y la Resolución del Consejo Supremo Electoral que fijó la fecha de celebración del referendo consultivo

Varios abogados ejercieron recursos de nulidad ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, pidiendo se declarara la nulidad de ese Decreto N° 3, por considerarlo ilegal e inconstitucional. Sin embargo, el Juzgado de Sustanciación de la Sala declaró inadmisibles todos los recursos intentados. Básicamente, la Corte señaló que el Decreto del Presidente como tal no podía tener “efectos externos” que pudieran acarrear su nulidad, por lo que había que pedir la nulidad en consecuencia de los actos del Consejo Supremo Electoral que éste órgano electoral dictara en ejecución de ese Decreto del Presidente Chávez.

Y, en efecto, el Consejo Supremo Electoral dictaría la Resolución N° 990217-32 de 17 de febrero de 1999, por la que se fijó la realización del referendo consultivo para el 25 de abril de ese año 1999. De la convocatoria del referendo en esa Resolución se desprendía que la consulta se realizaría en los mismos términos de las preguntas sugeridas por el Presidente Chávez en su Decreto N° 3, en la medida en la que su redacción era prácticamente igual a la Decreto N° 3 que había dictado el Presidente Chávez.

8 La modificación de la pregunta sobre las “bases comiciales”

Al igual que el Decreto N° 3, la Resolución N° 990217-32 del Consejo Supremo Electoral, por la que se fijó la realización del referendo consultivo para el 25 de abril de ese año 1999, fue objeto de varias demandas de nulidad ante la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

Ante los distintos argumentos que cuestionaban la constitucionalidad y legalidad del Decreto N° 3 y de la Resolución N° 990217-32 del Consejo Supremo Electoral, el Presidente Chávez dictó otro Decreto Presidencial el 10 de marzo (Gaceta Oficial N° 36.658 de 10 de marzo de 1999), por el cual hizo una “propuesta” de bases comiciales, que debían ser incluidas en la consulta que se realizaría a los electores en el referendo consultivo que debía celebrarse el 25 de abril, para regular a través de esas bases comiciales el modo como se elegiría a los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente.

Por ello, con este Decreto, el Presidente Chávez modificaba la pregunta 2 del artículo 3 del Decreto N° 3, que le habilitaba a él para fijar esas bases comiciales. Conforme al nuevo Decreto, en el referendo consultivo del 25 de abril, los electores debían pronunciarse sobre la “propuesta” de bases comiciales que hacía el Presidente a través de este nuevo Decreto.

La consecuencia de ello, era que el Consejo Supremo Electoral debía proceder a modificar los términos de la Resolución N° 990217-32 de 17 de febrero de 1999, sustituyendo el contenido del artículo 3, en el que se le facultaba al Presidente para él fijar las “bases comiciales” para incluir la “propuesta” que el mismo Presidente Chávez realizaba sobre el contenido de las bases comiciales, para que el pueblo se pronunciara sobre ellas.

Sin embargo, la Sala Político-Administrativa se adelantó al Consejo Supremo Electoral, y procedió a declarar la nulidad del contenido de la pregunta 2 del artículo 3, a través de la sentencia del 18 de marzo de 1999, y ordenó al Consejo Supremo Electoral que replanteara esa pregunta ahora anulada, tomando en cuenta las bases comiciales que había propuesto el Presidente Chávez en su Decreto de 10 de marzo.

La Corte no sólo declaró nula la segunda pregunta del artículo 3, que habilitaba al Presidente para que él mismo fijara las “bases comiciales” de la elección de los miembros de la ANC, sino también procedió a recordar que (i) el referendo a ser convocado tenía un carácter esencialmente consultivo y que (ii) la ANC no podía alterar los principios fundamentales del Estado democrático de Derecho.

En acatamiento a lo dispuesto por la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 18 de marzo, el Consejo Supremo Electoral procedió a dictar una nueva Resolución, la N° 990323-70 de 23 de marzo de 1999, en la que reprodujo las bases comiciales que había propuesto el Presidente Chávez en su Decreto de 10 de marzo.

Por otra parte, en sentencia de 13 de abril de 1999, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia ordenaría suprimir la frase “como poder originario que recoge la soberanía popular” que se atribuía a la Asamblea Nacional Constituyente en la base comicial octava.

9 La celebración del referendo consultivo sobre la Constituyente

Llegaría el 25 de abril, fecha fijada por el Consejo Supremo Electoral para la celebración del referendo consultivo acerca de la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente.

Con una participación de 4.137.509 electores, y una abstención del 62.2%, los votos a favor del “sí” fueron del 92,4%, mientras que los votos a favor del “no” fueron del 7,6%.

Prácticamente todo el país que fue a votar se pronunció a favor de la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente impulsada por el Presidente Chávez, sin que se reformara previamente la Constitución para que la propia Constitución estableciera los límites a los poderes de esa Asamblea Nacional Constituyente.

10 La elección de los miembros a la ANC

Una vez que en el referendo consultivo del 25 de abril el electorado se pronunció a favor de la Asamblea Nacional Constituyente, el Consejo Supremo Electoral procedió a convocar para el 25 de julio de 1999 la elección de sus miembros.

Conforme a lo dispuesto en las “bases comiciales” que había propuesto el Presidente Chávez, a la Asamblea Nacional Constituyente había que elegir un total de 131 miembros, de los cuales 24 corresponderían a la circunscripción nacional, 104 se elegirían de 24 circunscripciones regionales y 3 serían electos como representantes de las comunidades indígenas.

El 25 de julio se realizaría la elección de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, con una abstención del 53.7% de los electores.

Debido al sistema de postulaciones que se diseñó en esa oportunidad, si bien los candidatos que eran apoyados por el entonces Presidente Chávez (el denominado “Polo Patriótico”) sumaron un total del 65 % de los votos de los electores, obtuvieron un total de 125 de los 131 miembros a la Asamblea Nacional Constituyente. Los candidatos que no estaban agrupados en torno al “Polo Patriótico” logró un 22, 1 de los votos, pero debido a ese sistema de postulaciones, sólo un total de 6 de los 131 miembros a la Asamblea Nacional Constituyente.

11 La instalación de la ANC

La Asamblea Nacional Constituyente se instalaría el 3 de agosto de 1999. El 8 de agosto comenzaría sus sesiones, con la discusión acerca de su Estatuto de Funcionamiento.

Al redactarse el Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, sin embargo, quedaría reflejada la voluntad de la mayoría de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente con respecto al carácter de esa Constituyente. En efecto, en contra de lo que señalaba la Constitución, la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, las bases comiciales que el electorado había votado y con lo que habían señalado las sentencias de la Corte Suprema de Justicia se establecería un Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente contrario a los valores republicanos, que le daba poderes omnipotentes a esa Asamblea:

“Artículo 1. Naturaleza y misión. La Asamblea Nacional Constituyente es la depositaria de la voluntad popular y expresión de su Soberanía con las atribuciones del Poder Originario para reorganizar el Estado Venezolano y crear un nuevo ordenamiento jurídico democrático. La Asamblea, en uso de las atribuciones que le son inherentes, podrá limitar o decidir la cesación de las actividades de las autoridades que conforman el Poder Público.

Su objetivo será transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que garantice la existencia efectiva de la democracia social y participativa.

Parágrafo Primero: Todos los organismos del Poder Público quedan subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente, y están en la obligación de cumplir y hacer cumplir los actos jurídicos estatales que emita dicha Asamblea Nacional.

Parágrafo Segundo: La Constitución de 1961 y el resto del ordenamiento jurídico imperante, mantendrán su vigencia en todo aquello que no colida o sea contradictorio con los actos jurídicos y demás decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente”.

Con lo cual, la Asamblea Nacional Constituyente, en contra de la Constitución de 1961 entonces vigente, se autoatribuyó unos poderes amplísimos, que en última instancia le colocaban no sólo por encima del ordenamiento vigente, sino por encima de los Poderes Públicos. En ese sentido, la Asamblea Nacional Constituyente se autoproclamó soberana por encima del Derecho y del Estado venezolanos.

Como señalamos, la Asamblea Nacional Constituyente no sólo usaría sus poderes prácticamente ilimitados para redactar la Constitución de 1999, tal como se explica en esta crónica, sino que además los utilizó para tomar el poder de todo el Estado venezolano.

12 La redacción de la Constitución de 1999

En todo caso, el proceso de redacción de la Constitución de 1999 tendría cuatro etapas, que implicaron, que se realizara un proceso de redacción de la Constitución improvisado y atropellado.

Tales cuatro etapas se desarrollaron entre el 7 de agosto y el 15 de diciembre de 1999: (i) la reorganización de los Poderes Públicos; (ii) el trabajo de las Comisiones Permanentes y de la Comisión Constitucional; (iii) la discusión del proyecto de Constitución surgido de las distintas Comisiones y (iv) la difusión en el país del texto constitucional.

La Asamblea Nacional Constituyente no quiso partir de ningún anteproyecto de Constitución para el inicio de sus labores. Sin embargo, utilizó como papel de trabajo un documento que había presentado ante la Asamblea Nacional Constituyente el Presidente Chávez el 5 de agosto, titulado “Ideas

fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República”. De ese documento, por ejemplo, se tomó la idea de incluir en la Constitución la figura del referendo revocatorio.

En cuanto a la redacción de la Constitución, la primera etapa de esta labor como tal, comenzó el 2 de septiembre, y finalizó el 18 de octubre. Para ello, se constituyeron 20 Comisiones Permanentes, a cada una de las cuales les correspondía preparar el texto de una parte de la Constitución.

Tales Comisiones recibieron sugerencias de juristas, dirigentes políticos, partidos políticos y organizaciones de la sociedad civil, acerca de distintos aspectos que se consideraba debían ser incluidos en el texto constitucional.

Sin embargo, como reconocería el profesor y miembro de la Asamblea Nacional Constituyente Ricardo Combellas:

“Cada comisión trabajó con mucha independencia, con su propio grupo de asesores. La falta de mayor fluidez e intensidad en sus relaciones entre sí y con la comisión constitucional, dificultó en grado sumo la labor de articulación y contribuyó a la precipitación del producto final y la amplia extensión del texto definitivo” (“El proceso constituyente y la Constitución de 1999”, en Elena Plaza y Ricardo Combellas (Coordinadores), *Procesos constituyentes y reformas constitucionales en la historia de Venezuela*, Tomo II, UCV, Caracas, 2005, p. 781, nota 22).

El trabajo que las 20 Comisiones realizaron por separado fue remitido el 28 de septiembre a la Comisión Constitucional, la cual desde esa fecha hasta el 18 de octubre debía realizar la labor de integración de las 20 secciones de la Constitución preparadas por las 20 Comisiones Permanentes. En ese sentido, las Comisiones Permanentes dispusieron de poco menos de un mes para realizar sus trabajos, y luego la Comisión Constitucional dispuso de tres semanas para la realización del trabajo de integración.

El 19 de octubre el proyecto integrado por la Comisión Constitucional fue entregado a la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, para su discusión.

Entre el 20 de octubre y el 09 de noviembre, se realizaron 19 sesiones en la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, para realizar la primera discusión del Proyecto de Constitución. Para la segunda discusión, se realizaron tres sesiones, entre los días 12 y 14 de noviembre.

Ricardo Combellas concluirá sobre el proceso de redacción de la Constitución por parte de la Asamblea Nacional Constituyente:

“La premura y la improvisación que guiaron sus últimos actos no dejaron de producir a la larga consecuencias indeseables: confusión sobre cuál texto de Constitución se había efectivamente aprobado, debate sobre inclusión o exclusión de normas que no constaban discutidas en el diario de debates e imperdonables errores gramaticales, de sintaxis y de estilo” (“El proceso constituyente y la Constitución de 1999”, cit., p. 782).

13 Aprobación, sanción, promulgación en 1999 y promulgación en 2000

El 15 de diciembre de 1999, en pleno desarrollo de lo que se conocería como “la tragedia de Vargas”, se realizaría la votación para la aprobación de la Constitución de 1999.

En ese proceso electoral, concurrirían a la votación un total de 4.819.786 electores, lo cual implicó un porcentaje de abstención del 54,74%. De ese número de electores, votó a favor de la aprobación de la nueva Constitución un número de electores equivalente al 71,37 %, es decir, 2.982.395 votos a favor. Votaron en contra de la aprobación de la Constitución un total de

1.196.146 electores, equivalente al 28.63 %. Una mayoría importante de los electores le darían su aprobación a la Constitución de 1999.

Si bien la Constitución de 1999 fue publicada por primera vez en la Gaceta Oficial N° 36.860 de 30 de diciembre de 1999, se ordenó su nueva publicación casi tres meses después, el 24 de marzo de 2000, en la Gaceta Oficial N° 5.423 extraordinario, junto con la Exposición de Motivos que no había sido incluida en la primera publicación. Como ha explicado Lolymar Hernández Camargo, hay diferencias entre el texto publicado en la primera y en la segunda publicación, que exceden los “errores de gramática, sintaxis y estilo” que justificaron la segunda publicación (*El proceso constituyente venezolano de 1999*, cit., p 235, nota 180).

Tal es, muy resumido, el camino que llevó a la redacción de la Constitución de 1999, del cual cabe extraer importantes lecciones. El proceso constituyente de 1999, sin embargo, como señalamos, no sólo tuvo como objeto la redacción de la Constitución vigente, sino que también supuso la intervención de esa Asamblea Nacional Constituyente a los Poderes Públicos distintos al Presidente. Pero esa es otra historia.

Comentarios sobre la convocatoria de una supuesta Asamblea Nacional Constituyente contenida en el Decreto N° 2.830, del 1 de mayo de 2017

*Jesús M. Casal **

El Decreto N° 2.830, del 1 de mayo del 2017, publicado en Gaceta Oficial N° 6.295 Extraordinario de la misma fecha, se refiere a la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, efectuada por el Presidente de la República. En consonancia con ello, el Decreto N° 2.831, también del 1 de mayo de 2017 y publicado en dicha Gaceta Oficial, crea una Comisión Presidencial encargada de elaborar una propuesta sobre las bases comiciales y de funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, que debe ser presentada al Presidente de la República. A continuación se analizarán dos aspectos de estos decretos y de la convocatoria a la que estos aluden que resultan contrarios a la Constitución y a los principios democráticos.

En primer lugar, se observa que, según estos decretos y las declaraciones posteriores del Presidente de la República y de integrantes de la mencionada Comisión Presidencial, no se precisaría de un referendo para que el pueblo se pronuncie sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) y sobre el contenido de las bases comiciales o bases de elección y funcionamiento de esta Asamblea. En segundo término, aquellos establecen que la ANC tendría una composición corporativa, orgánica o sectorial, además de territorial.

Finalmente se examinará si el órgano convocado por el Presidente de la República puede calificarse como una ANC.

1 El Presidente de la República decidiendo en nombre del pueblo la convocatoria de la ANC

El artículo 347 de la Constitución señala claramente que quien puede convocar una ANC es el pueblo, como depositario (y titular) que es del poder constituyente originario. De modo que cuando el artículo 348 de la Constitución faculta al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, y a

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela); Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma Universidad y exdecano de su Facultad de Derecho

otros órganos, o a una porción del electorado, para ejercer la iniciativa de convocatoria de la ANC no puede referirse a la *decisión* sobre tal convocatoria sino a la *iniciativa* que permita que tal decisión sea tomada.

En nuestra Constitución la referencia a la “*iniciativa*” tiene un significado muy claro: es el impulso para que una decisión sea adoptada por el órgano o sujeto competente para ello, no la adopción de la decisión como tal. Así el artículo 204 de la

Constitución regula la “*iniciativa*” de las leyes, que implica la facultad de activar el procedimiento de formación de las leyes, cuyo desarrollo queda en manos de la Asamblea Nacional al igual que el destino final del proyecto, que pudiera no llegar a ser ley, según lo que el cuerpo resuelva. Lo mismo cabe decir de la iniciativa para la enmienda o la reforma constitucional (arts. 341, numeral 1, y 343 de la Constitución). La iniciativa también es un acto que conduce a la celebración de un referendo en el cual el pueblo se pronuncia sobre determinados asuntos (art. 71, entre otros).

De la misma manera, cuando el artículo 348 constitucional atribuye al Presidente de la República y a otros órganos, o a una porción del electorado, la “*iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente*”, evidentemente no se refiere a la decisión de convocarla sino a la iniciativa para que sea convocada. De lo contrario la Constitución hubiera dicho que aquellos pueden *convocar* la ANC. La diferencia puede parecer sutil pero es expresión de principios de fondo esenciales a la Constitución: el de la soberanía popular, el del pueblo como titular del poder constituyente y el de la participación ciudadana (arts. 5, 6, 62 y 347 de la Constitución). El titular del

poder constituyente y solo él puede decidir si quiere ejercerlo. No puede ser sustituido por ningún poder constituido en la toma de esta determinación.

Al interpretar las escasas normas de la Constitución sobre la ANC ha de tenerse en cuenta el contexto histórico-político en que fueron elaboradas. En particular, ha de recordarse que cuando los constituyentes de 1999 abordaron esta temática tenían muy presente el proceso constituyente en desarrollo, en el cual el decreto presidencial de iniciativa para un referendo consultivo sobre la ANC dio lugar a que el pueblo se pronunciara sobre su convocatoria y sobre la aprobación de las respectivas bases. La parquedad de la regulación de la ANC contenida en el capítulo III del Título IX de la Constitución se explica porque los constituyentes, después de proponer normas en las cuales se precisaba lo relativo al referendo (previo) que era necesario celebrar con los dos fines indicados y a las consecuencias del rechazo popular de la iniciativa, resolvieron reducir al mínimo esta regulación, para que fuera el pueblo el que moldeara su proceso constituyente libremente.¹ En otras palabras, la supresión de esas normas obedeció no a la idea de restar protagonismo a la ciudadanía y de entregar a los poderes constituidos la posibilidad de decidir por ella si se convocaba la ANC, sino más bien al propósito de no colocar barreras al titular del poder constituyente.

Del Diario de Debates de la ANC de 1999 se desprende claramente que la alusión a la “*iniciativa de convocatoria*” estaba concatenada con la previsión de la celebración de un referendo en los términos señalados. La distinción entre la iniciativa de convocatoria y la convocatoria como tal estuvo

¹ Diario de Debates de la ANC, sesión del 9 de noviembre de 1999

claramente plasmada en las propuestas para la nueva Constitución presentadas por el Presidente Hugo Chávez ante la ANC.²

En el articulado respectivo se mencionaba primero que la ANC es “*expresión del poder constituyente originario, cuyo titular es el pueblo soberano*”, y después de aludir a sus límites, se regulaba “*la iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente*”, reconocida al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, a la Asamblea Nacional por acuerdo aprobado por las dos terceras partes de los integrantes de cada Cámara³ y al diez por ciento de los electores”. Luego se preveía la celebración de un referendo relativo a la aprobación de la convocatoria.

Estas propuestas quedaron reflejadas con mínimos ajustes en el Anteproyecto de Constitución y el texto considerado en su primera discusión,⁴ en relación con la iniciativa y la convocatoria, era de este tenor:

“Artículo 391. – La iniciativa de convocatoria a la Asamblea Constituyente puede hacerla el Presidente de la República en Consejo de Ministros, la Asamblea Nacional mediante el acuerdo de las dos terceras partes de sus miembros, los concejos municipales en cabildo mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos, y el 15% de los electores inscritos en el Registro Electoral.

Artículo 392. – Se considerará aprobada la convocatoria a la Asamblea Constituyente si en el referendo llamado al efecto el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos. Si el resultado del referendo fuese negativo, no podrá presentarse una nueva iniciativa de convocatoria a la Asamblea Constituyente en el mismo período constitucional.

² Chávez, Hugo, Ideas fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República, Caracas, Presidencia de la República, 1999

³ Estas normas partían de la existencia de un parlamento bicameral.

⁴ Vid. los detalles de esta discusión en Brewer-Carías, Allan, “La Asamblea Nacional Constituyente de 1999 aprobó que solo el pueblo mediante referendo de convocatoria puede convocar una asamblea constituyente: análisis del Diario de Debates”.

Artículo 393. – Las bases para elegir la Asamblea Constituyente serán incluidas en el referendo de convocatoria. En ellas se establecerán como límites de los actos de la Asamblea los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República que se refieran al respeto por los derechos humanos y las garantías democráticas.”

Los artículos 392 y 393, este último en lo concerniente a la necesaria consulta en referendo de las bases comiciales, fueron suprimidos pero no porque se pensara que pudiera prescindirse del referendo correspondiente, sino porque se quiso reducir al mínimo la regulación sobre la materia. Las intervenciones que se produjeron al discutir el articulado reafirmaban que se estimada indispensable realizar dicho referendo.

Aquellas normas estaban además calcadas del proceso que había conducido a la convocatoria de la ANC en 1999. El artículo entonces numerado como 391, hoy 347, con ajustes de redacción, recogía en sustancia la primera pregunta del referendo impulsado por Hugo Chávez para la convocatoria de la ANC:

¿Convoca usted una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento de una Democracia Social y Participativa?

La formulación de esta pregunta fue objeto de discusiones y no es en modo alguno casual. Quien convoca la ANC es el pueblo, esto es, los electores, nunca un órgano del poder constituido. Es lo que se aviene con una teoría democrática del poder constituyente.

Los constituyentes de 1999 intentaron replicar en la normativa sobre la ANC el procedimiento que había permitido desembocar en la instalación de

la ANC ese mismo año. Nunca se plantearon que los poderes constituidos se apropiaran del poder constituyente del pueblo, es decir, nunca pretendieron invocar el poder constituyente originario del pueblo para que este pudiera ejercerlo a través de ellos y finalmente entregarlo a los poderes constituidos, en evidente usurpación.

Desde el gobierno se ha sostenido que el referendo fue necesario en 1999 porque la ANC no estaba regulada en la Constitución de 1961, mientras que sí lo está en la de 1999. Pero este razonamiento es falaz y regresivo, pues es absurdo interpretar que el protagonismo del pueblo en el ejercicio de su poder constituyente es menor ahora que la Constitución admite expresamente la posibilidad de activarlo, en un marco de Democracia (representativa y) participativa. Adicionalmente, si de lo que se trata es de la invocación del poder constituyente originario, al cual alude el artículo 347 de la Constitución, está completamente fuera de lugar toda lectura de la misma que permita dejar al pueblo al margen de la decisión referida a la convocatoria de la ANC. El medio más trascendental de ejercicio directo de la soberanía (art. 5 de la Constitución) es la convocatoria de una ANC, por lo que el pueblo no puede ser privado de esta facultad, que es también expresión del derecho a participar directamente en los asuntos públicos.

Una ojeada al constitucionalismo de la región corrobora lo expuesto. Nótese en particular que las Constituciones aprobadas en procesos que se inspiraron en el venezolano, como las de Bolivia y Ecuador, reconocen con nitidez esa indispensable manifestación del pueblo, mediante referendo, sobre la convocatoria de una ANC.

El artículo 411.1 de la Constitución de Bolivia reza:

La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio.

Y el artículo 444 de la Constitución de Ecuador dispone que:

La asamblea constituyente sólo podrá ser convocada a través de consulta popular. Esta consulta podrá ser solicitada por la Presidenta o Presidente de la República, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o por el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. La consulta deberá incluir la forma de elección de los representantes y los representantes y las reglas del proceso electoral. La nueva Constitución, para su entrada en vigencia, requerirá ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos.

Este referendo previo es igualmente requerido por la Constitución colombiana (art. 376), cuya formación influyó a su vez en el proceso venezolano.

Estas Constituciones son, en este punto, fruto del mismo principio que orientó el proceso constituyente venezolano y el de los países señalados: la facultad inalienable y permanente del pueblo de decidir ejercer el poder constituyente originario, aun cuando ello no estuviere permitido en la Constitución entonces en vigor. Es una idea que se puede compartir o no y que no es frecuente en el constitucionalismo europeo, pero que tienes perfiles nítidos.

De acuerdo con este principio, que es el de nuestra Constitución, no hay nada más alejado de la soberanía popular y del poder constituyente del pueblo que la imposición de un proceso constituyente por un poder constituido. Esto conduciría al exabrupto de que un órgano del poder constituido resuelva convocar una ANC aunque el pueblo no la quiera, tal vez porque está conforme con su Constitución o entiende que hay otras prioridades que atender. Conduciría también al absurdo de que ese órgano decisor imponga unas bases de elección y funcionamiento de la ANC con las cuales el pueblo no esté de acuerdo. Se encontraría en ese caso el electorado, e incluso la mayoría de los electores, ante el dilema de participar o no en unas elecciones para la integración de una ANC que no hubiera querido convocar o cuyas reglas de conformación y funcionamiento le parezcan inaceptables, sobre lo cual ni siquiera habría sido consultado formalmente mediante referendo.

Conviene apuntar que la Corte Suprema de Justicia, durante el proceso preconstituyente de 1999, debió pronunciarse sobre la pretensión del Presidente Hugo Chávez de preguntar a pueblo si lo facultaba para que él mismo definiera, en consulta con los distintos sectores sociales, las bases comiciales de la ANC. En la sentencia respectiva, del 18 de marzo de 1999, se anuló esta segunda pregunta del referendo relativo a la ANC, ya que:

Se entiende así, que un mecanismo de consulta directo llamado a resolver sobre materias que no han sido previamente delegadas en representantes, debe preservar, mantener y defender como principal valor, el ser fiel expresión de la verdadera voluntad popular. Tal nivel de certeza será el obligado resultado de disminuir, en tanto sea posible, instancias que medien en la expresión o exteriorización de esa voluntad colectiva.

Dicho en otras palabras, se pretende obtener una expresión popular lo más diáfana posible, lo más cercana al reflejo de voluntad de las mayorías, que implica ineludi-

blemente la definición de aquellos aspectos relacionados con el régimen de la Asamblea que se pretende instalar. Sólo así se consigue librar el proceso -que por su trascendencia para la vida nacional debe gozar de la plena confianza del colectivo- de toda sombra de dudas o falsas interpretaciones que deriven en un resultado inaceptable.

Entonces, es indispensable, que formulada la pregunta sobre la conveniencia de instalar una Asamblea Nacional Constituyente, proceda a consultarse sobre aquellas reglas fundamentales que detallen su organización y régimen general.

La Resolución impugnada en la segunda pregunta, a que se refiere su artículo 2, ignoró tales postulados al pretender delegar, en el ciudadano Presidente de la República, la fijación de las bases del proceso comicial por el que se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente; de allí, concluye la Sala, en su inconstitucionalidad, por vulneración del derecho a la participación política implícito en el artículo 50 de la Constitución de la República, como derecho inherente a la persona humana, y así expresamente se declara.

En suma, sería un contrasentido histórico entender que después de la aprobación de la Constitución de 1999 es posible activar un proceso constituyente en términos menos democráticos (por antidemocráticos) a los que condujeron a la adopción de esa Constitución, a pesar de que las bases comiciales entonces aprobadas por el electorado recogieron el principio de progresividad en materia de derechos humanos, plasmado ahora en el artículo 19 constitucional, entre los cuales se encuentra el derecho de participación de la ciudadanía en los asuntos públicos, que debe ser favorecido por los órganos del poder público (art. 62 de la Constitución).

2 Una ANC corporativa, orgánica o sectorial

Otro aspecto polémico del planteamiento presidencial sobre la ANC radica en la composición que pretende atribuirle. Sus miembros serán electos en los “*ámbitos sectoriales y territoriales*”. La mención de los ámbitos sectoriales supone, según han afirmado el Presidente de la República y los integrantes de la Comisión Presidencial correspondiente, la elección de una par-

te de los constituyentes entre quienes pertenezcan a un determinado sector de la sociedad (campesinos, pescadores, obreros, maestros, transportistas, etc.).

Esta conformación de una eventual ANC sería completamente inconstitucional y antidemocrática, ya que fragmentaría la soberanía popular y el concepto mismo del pueblo como su titular. El artículo 5 de la Constitución reconoce que la soberanía reside en el pueblo, y su artículo 63 establece que el sufragio es un derecho que se ejerce mediante votaciones “*libres, universales, directas y secretas*”. De allí que, con la excepción de los pueblos indígenas que tienen constitucionalmente asegurada una representación propia en cuerpos deliberantes (art. 125), en consonancia con las obligaciones internacionales de la República, no es admisible una división sectorial del electorado o conformación corporativa a los fines de elegir los integrantes de la ANC.

La apelación a esta integración sectorial de la ANC solo puede explicarse por el intento de obtener una mayoría en la ANC que no se alcanzaría en elecciones que preserven la unidad del pueblo y de su soberanía o, en otras palabras, la universalidad del sufragio correspondiente a toda la ciudadanía.

El Decreto N° 2.830 se refiere también a los ámbitos “*territoriales*”, lo cual, al concordarlo con la mención que hace de “*la unidad política primaria de la organización territorial*” como base para la conformación de la ANC, indica que las circunscripciones electorales no sectoriales serán municipales o infra-municipales, lo cual atenta contra el carácter federal del Estado que el propio decreto invoca.

Las circunscripciones electorales deberían ser principalmente estatales, en atención a carácter federal de nuestro Estado (art. 4 de la Constitución), sin perjuicio de la importancia de prever fórmulas que garanticen la representación proporcional de las organizaciones políticas concurrentes (art. 63 de la Constitución), siendo este un principio fundamental de nuestra evolución democrática desde 1946.

3 ¿Una ANC?

Cabe preguntarse si lo que el Presidente de la República pretende convocar es una ANC. Existen varias razones para responder negativamente. La primera es que esta ANC nacería con un acotamiento temático extraño a la naturaleza de un cuerpo electo en ejercicio del poder constituyente originario. En el Decreto N° 2.830 el Presidente de la República propone los “*objetivos programáticos*” de la ANC, los cuales propenden a restringir la esfera material dentro de la cual esta puede moverse. Ello resulta contrario al concepto de poder constituyente originario, ya que una verdadera ANC es libre al decidir las materias que ha de tratar con motivo del cambio constitucional, sin perjuicio de los límites últimos de todo poder constituyente. Además, algunos de los asuntos que el Presidente de la República señala como objetivos programáticos de la ANC son ajenos completamente a un proceso constituyente y a una Constitución, mientras que otros ya están tratados suficientemente en ella o son lesivos de principios democráticos y de nuestra tradición republicana (art. 350 de la Constitución). En tal sentido, el logro de una economía productiva se refiere al diseño y ejecución de políticas públicas; la preservación de la vida en el planeta está comprendida ya en la Constitu-

ción por un conjunto de derechos ambientales, pendientes de una actuación pública cónsona con ellos; y la ampliación de competencias o poderes del Estado en materia de seguridad ciudadana y de garantía de la soberanía, en el actual contexto de represión y persecución política, resulta riesgosa para las libertades públicas. La alusión por otro lado a organizaciones del llamado Poder Popular parece ir orientada no a incorporarlas dentro del diseño constitucional de manera compatible con los principios democráticos y el sistema federal, sino a menoscabar estos bajo la concepción y las prácticas ideológicamente excluyentes y ejecutivistas que han prevalecido en estos años.

En segundo lugar, el Presidente de la República ha sostenido que no se pretende introducir grandes modificaciones en la

Constitución, es decir, no se busca “*redactar una nueva Constitución*” (art. 347 de la Constitución), lo cual, además de reforzar la idea de que Maduro y no el pueblo es el dueño de la supuesta ANC, contrasta con la finalidad principal que es propia de dicha instancia: elaborar una nueva Constitución.

En el fondo lo que ocurre es que se acude fraudulentamente el poder constituyente, desfigurándolo, para lograr objetivos distintos a los del cambio constitucional. Lo que se persigue es la postergación de cualquier proceso electoral y, probablemente, la inclusión en la Constitución “*ajustada*” de nuevas reglas electorales que reediten los criterios sectoriales y territoriales de la ANC y permitan prolongar la ocupación de las instancias de poder por quienes han perdido el respaldo mayoritario del electorado. Tal vez estos mismos criterios sectoriales serán empleados en una eventual e ilegítima

consulta popular ratificatoria de la Constitución, para soslayar la celebración de un referendo aprobatorio, con lo cual se cerraría el círculo de un proceso adelantado merced a la usurpación y, a fin de cuentas, la negación del poder constituyente del pueblo.

4 Conclusión

En síntesis, es el pueblo el que puede decidir si convoca o no una ANC y el que debe aprobar los términos de su integración (elección de sus miembros y número de estos), periodo de funcionamiento, eventuales límites supraconstitucionales, entre otros aspectos.

Además, debe rechazarse una conformación corporativa, orgánica o sectorial de una parte de la ANC, y el carácter federal del Estado, al igual que el principio de representación proporcional, habrían de reflejarse en el sistema electoral aplicable.

Caracas, 19 de mayo de 2017

El derecho de reunión y manifestación*

Alexander Espinoza Rausseo**

1 Recomendaciones:

- Se recomienda la actualización de la legislación que regula el ejercicio del derecho de reunión y manifestación pública, con el objeto de ajustarla al estándar de protección acorde con la Constitución y el derecho comparado;
- Se recomienda el estudio de la propuesta realizada por la Dirección de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional, sobre el:

Anteproyecto de Ley Orgánica de Reuniones y Manifestaciones Públicas. Memorando DIAJ- N° 075 de 20 de abril de 2016. (DIAJ-DER). Publicado en la Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica Febrero-Julio 2016, N° 1, pág. 132¹

2 Terminología

2.1 El derecho comparado

El derecho de reunión y manifestación son un único derecho, que encierra 1 diversas modalidades de ejercicio.² Suelen englobarse, al hablar de libertad de reunión, dos modalidades de la misma: la reunión propiamente dicha (*meeting*, en la terminología inglesa), de carácter estático, ya se celebre en local abierto o cerrado, y la manifestación, de carácter dinámico, siendo en suma la reunión puesta en marcha recorriendo lugares públicos. Esta última,

* Extracto de Espinoza, Alexander: El efecto irradiante del derecho de reunión. Alemania, España y Venezuela. Estudio sobre la teoría del efecto irradiante de los derechos fundamentales en todo el orden jurídico. Instituto de Estudios Constitucionales. Caracas, 2015.

** Doctor Iuris y Magister Legum por la Universidad de Passau, Alemania. Profesor Instructor de la Universidad Central de Venezuela

¹ <http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/lormp.pdf>

² Bastida, Derechos de reunión y manifestación, pág. 181

en sus diversas modalidades (a pie, en vehículos, con o sin oradores, etc.) encierra un mayor peligro para el orden público, y por ello es objeto de regulación específica.³

- 2 El término “reunión” es utilizado en gran cantidad de las Constituciones modernas,⁴ mientras que en otras se emplean los términos “reunión y manifestación”.⁵ Un tercer grupo alude al término genérico de reunión y reconoce ciertas formas específicas, tales como el derecho de concentración, manifestación y movilización pública.⁶ En tales casos, la distinción entre reuniones y manifestaciones tiene por finalidad autorizar limitaciones especiales, derivadas de los peligros para el orden público de las reuniones en movimiento, las de carácter público, las reuniones políticas y las celebradas en lugares abiertos.

El art. 8 de la Ley Fundamental de Alemania consagra el derecho de todos los alemanes de reunión pacífica y sin armas. El segundo aparte del art. 8 permite que las reuniones a cielo abierto sean restringidas por ley o en virtud de una ley. La referencia especial a las reuniones en lugares abiertos también se encontraba en el art. 123 de la Constitución de Weimar de 1919. La Ley sobre Reuniones y Manifestaciones⁷ regula el ejercicio de las reuniones públicas en lugares cerrados y abiertos y las manifestaciones. La expresión “a cielo abierto” no sólo se refiere a los lugares al aire libre, sino

³ García-Escudero, et al, Régimen jurídico del derecho de reunión, pág. 200

⁴ Art. 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Art. 8 de la Ley Fundamental de Alemania; art. 21 num. 4 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia; Art. 8 de la Constitución de la República Dominicana

⁵ Art. 54 de la Constitución de la República de Cuba (con las modificaciones de 1992)

⁶ Art. 21 de la Constitución española; Arts. 53 y 54 de la Constitución de Nicaragua de 1987, con Reformas de 1995

⁷ En la versión de la Publicación del 15.11.1978 (BGBl. I S. 1790), con la última reforma mediante ley del 08.12.2008 (BGBl. I S. 2366)

que también comprende a los lugares abiertos al tránsito del público en general [*ver también párr. 135*]. Las manifestaciones constituyen una subespecie de las reuniones en lugares abiertos.

El carácter público de la reunión deriva de si la misma es conformada por un grupo excluyente de personas o si comprende un grupo de personas que no se limita de forma personal. El elemento que caracteriza una reunión pública es la posibilidad de toda persona de participar en la misma.⁸ Las reuniones públicas no se encuentran dirigidas a un grupo determinado de personas en base a ciertos criterios previamente establecidos.⁹

En España, la Constitución Democrática de 1869, establecía limitaciones a las reuniones públicas, las cuales estarían sujetas a las disposiciones generales de policía, mientras que las reuniones al aire libre y las manifestaciones políticas sólo podrían celebrarse de día (art. 18). La regulación especial para las reuniones al aire libre evidenciaba la influencia de la Constitución Belga de 1831, sobre la mayoría de las Constituciones europeas del siglo XIX.¹⁰ En la Constitución española de 1931 el derecho de reunión al aire libre y el de manifestación se reservaba a una regulación legislativa (art. 38).

El art. 21 de la actual Constitución española alude al concepto genérico de reunión y reconoce las formas específicas de las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones. La doctrina española distingue las reuniones en lugares de tránsito público, de las manifestaciones, las cuales

⁸ VGH B-W12/07/2010 Exp. 1 S 349/10

⁹ VGH Baden-Württemberg · Urteil vom 26. Januar 1998 · Az. 1 S 3280/96

¹⁰ Ripke, Europäische Versammlungsfreiheit, pág. 40

constituyen una reunión en movimiento, que usa las vías públicas.¹¹ De tal forma, el derecho de manifestación es una vertiente del derecho de reunión con sus propias características específicas, pues se trata del ejercicio del derecho en su versión dinámica; esto es, discurrendo a lo largo de un itinerario y diferenciándose, por tanto, de la concentración como reunión estática en lugar de tránsito público.¹² En el concepto de manifestación deben quedar comprendidas las caravanas de automóviles que usen sistemas de megafonía o similares.¹³

2.2 Terminología en el derecho venezolano

- 6 Los conceptos de reunión y de manifestación describen el objeto de un mismo derecho fundamental, que sin embargo puede asumir dos funciones. En términos generales, se trata de un derecho de libertad frente a la intervención del Estado. Pero, en los casos en que su ejercicio tiene por objeto la participación en la formación de la voluntad del Estado, estamos en presencia de un derecho político. Esta dualidad justifica que, en la Constitución venezolana, los derechos de reunión y de manifestación se encuentran garantizados en dos disposiciones ubicadas en lugares distintos de la Constitución.
- 7 La Constitución venezolana de 1999 consagra el derecho de reunión en su artículo 53 y el derecho de manifestación, en su artículo 68. Estas normas revelan diferencias importantes. Mientras que el art. 53 se ubica entre los derechos civiles, el art. 68 se encuentra en el capítulo de los derechos políti-

¹¹ Torres, El derecho de reunión y manifestación, pág. 29

¹² STC 193/2011, de 12 de diciembre FJ. 3

¹³ López, La policía municipal, pág. 131

cos y del referendo popular. En cuanto a la titularidad, el derecho de reunión corresponde a toda persona en el art. 53; pero sólo a los ciudadanos, en el art. 68, lo cual parece coherente con la distinción entre derechos civiles y derechos políticos.

Estas diferencias entre los arts. 53 y 68 de la Constitución parecen dar lugar a la duda, acerca del contenido y alcance de ambas disposiciones. Especialmente grave, es la posición asumida en reiteradas oportunidades por la Sala Constitucional, según el cual, el ejercicio del derecho a manifestar requiere de una autorización previa.¹⁴ Tal afirmación, opuesta al texto del art. 53, tiene como punto de partida, la consideración – errónea – que los derechos de reunión del art. 53 y de manifestación, del art. 68, tienen una naturaleza distinta.

Los conceptos de reunión y manifestación se refieren al ámbito protegido por el mismo derecho fundamental, pero su regulación independiente tiene por objeto reforzar la función de participación política, en los casos en que su objeto está referido a peticiones frente a instituciones públicas [*véase en párr. 31*]. Esta afirmación puede ser confirmada a partir del análisis de la evolución de las Constitucionales venezolanas.

2.3 Interpretación histórica de la Constitución venezolana

Desde la Constitución Federal para los Estados de Venezuela, de 1811, hasta la Constitución de 1945, la terminología utilizada aludía sólo al derecho

¹⁴ SCON-TSJ 24/04/2014 Exp. N° 14-0277; SCON-TSJ 16/07/2014 Expediente n.° 14-0452

de „reunión“. La Constitución de 1947 introdujo por primera vez el término manifestación, en un sentido específico, al lado del derecho de reunión. El concepto de reunión adoptaba un doble significado. En primer lugar, constituía el género, que comprendía a su vez, el derecho de reunión, en sentido estricto, y el derecho de manifestación.

11 La distinción se omitió en la Constitución de 1953 y se reeditó en la Constitución de 1961. Esta vez se redactaron dos artículos separados, el art. 71, relativo al derecho de reunión, en el marco de los derechos individuales, y el art. 115 en el marco de los derechos políticos. La exposición de motivos de la Constitución de 1961 alude a la intención del constituyente de reunir en el Capítulo de Derechos Políticos, normas que estaban dispersas. El derecho de manifestación y la institución del asilo se colocaron en este capítulo por considerar que este era su lugar propio.¹⁵ Esta misma estructura se encuentra en la actual Constitución de 1999.

12 Por su parte, la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas, y Manifestaciones,¹⁶ vigente, excluye de su ámbito de aplicación a las reuniones privadas (art. 42), y sólo es aplicable a las reuniones públicas o manifestaciones. La noción de reunión pública está referida a las reuniones realizadas en lugares públicos.

13 Los términos de reunión y manifestación también reciben el mismo tratamiento en las normas de rango sublegal. Tal es el caso Normas sobre la Ac-

¹⁵ Exposición de motivos de la Constitución de 1961, en Arcaya, Constitución de la República de Venezuela, pág. 49 y sig.

¹⁶ Publicada en Gaceta Oficial N° 27.725 de fecha 30 de abril de 1965, reformada parcialmente según Gaceta Oficial N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010

tuación de los Cuerpos de Policía en Reuniones Públicas y Manifestaciones, dictada por el Ministro del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia.¹⁷

Como se observa, según la interpretación del legislador, las reuniones 14 públicas y las manifestaciones no plantean distinción alguna en cuanto a su régimen jurídico. La terminología empleada en las Constituciones venezolanas tampoco ofrece elementos para afirmar la existencia de dos derechos distintos, como erróneamente afirma la Sala Constitucional.

Pero, a diferencia de las Constituciones europeas del siglo XIX y de la 15 Constitución de 1945, la mención especial de la manifestación política en las Constituciones venezolanas de 1961 y de 1999, no tiene por finalidad permitir limitaciones especiales por el legislador, sino por el contrario, destacar su valor particular para el ejercicio de la participación política.

3 Los derechos de reunión y de petición

En los casos en que entran en conflicto con otros derechos, los llamados de- 16 rechos constitutivos de la democracia se ubican en una posición de ventaja. Analizaremos el origen y naturaleza del derecho de reunión y su relación con respecto al principio estructural del Estado democrático, con el objeto de determinar los elementos que servirían de justificación a esta condición especial.

Para ello, resulta necesario establecer las relaciones que se plantean entre los derechos de reunión, de petición y de libertad de expresión. Confirma-

¹⁷ Publicada en Gaceta Oficial N° 39.658 del 18 de abril de 2011

remos con ello la tesis de *Häberle*, en el sentido que la relación de complementariedad de cada uno de los derechos fundamentales es una relación de condicionamiento no sólo referida al conjunto de la Constitución, sino también con referencia al individuo titular de los derechos subjetivos. Todos los derechos fundamentales se encuentran en una relación más o menos estrecha entre sí. Se garantizan y se refuerzan recíprocamente.¹⁸

3.1 La vinculación entre los derechos de reunión y de petición

El origen de la libertad de reunión, en Inglaterra y en los Estados Unidos de América, durante la segunda mitad del siglo XVIII, se caracterizó por la cercana relación con el derecho de petición.¹⁹ El derecho de reunión es ejercido como un mecanismo auxiliar al derecho de petición. El contenido del derecho se encuentra dirigido en tales casos frente al Poder Público. Sólo en su desarrollo posterior, se impone el criterio que ubica a la libertad de reunión como un derecho relacionado con la libertad de expresión.²⁰

17 El derecho de reunión se desarrolló en Inglaterra como un derecho político. Su ejercicio estuvo vinculado al derecho de petición, el cual constituye uno de los derechos subjetivos más antiguos de los ingleses.²¹ Al lado de la prensa, las reuniones públicas se convirtieron desde el año 1768, en un medio nuevo y extraordinario medio de agitación política en Inglaterra.²² Sobre todo los partidos liberales y radicales hacían uso de esos medios, para ganar

¹⁸ Häberle, La libertad fundamental en el Estado constitucional, pág. 66

¹⁹ Höfling, Art. 8, párr. 1, en: Sachs (Coord.), Grundgesetz

²⁰ Quilisch, Die demokratische Versammlung, pág. 40

²¹ Quilisch, Die demokratische Versammlung, pág. 39

²² Quilisch, Die demokratische Versammlung, pág. 37

influencia en la opinión pública y en el Parlamento. Prácticamente todos los movimientos reformistas de importancia en el siglo XIX fueron acompañados de reuniones y peticiones.²³

Con posterioridad a la independencia de Inglaterra, en 1776, el derecho de reunión fue reconocido por las primeras Constituciones de los Estados Americanos, en las declaraciones de Pennsylvania, Carolina del Norte, Massachusetts y Maryland.²⁴ Las disposiciones correspondientes consagran el derecho del pueblo, de reunirse para consultar su bien común, para dar instrucciones a sus representantes y para solicitar al órgano legislativo indemnización por daños, para dirigirse a él, para hacerle peticiones o para protestar. 18

Los derechos de reunión y petición eran concebidos como elementos de participación popular en el proceso legislativo. La Constitución de Pennsylvania establecía un complejo proceso de aprobación legislativa en el que los proyectos de ley debían publicarse con anterioridad a ser aprobados en leyes para que el pueblo los pudiese estudiar y, haciendo uso de su reconocido derecho de reunión, diera “instrucciones a sus representantes” de cómo debían votar dichas leyes.²⁵ La primera enmienda (Bill of Rights) ratificada en diciembre de 1791, a la Constitución de los Estados Unidos de América, del 17 de septiembre de 1787, dispone que, el Congreso no hará ley alguna por la que coarte “*el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios*”. 19

²³ Quilisch, Die demokratische Versammlung, pág. 38

²⁴ Quilisch, Die demokratische Versammlung, pág. 40

²⁵ Grau, El constitucionalismo americano, pág. 49

- 20 También en Francia se reconoció inicialmente la relación funcional entre el derecho de reunión y de petición. El art. 62 de la Ley del 14 de febrero de 1789 consagraba expresamente el derecho de reunión de los ciudadanos, para dirigir peticiones y comunicaciones a las Instituciones.²⁶
- 21 Una disposición similar fue recogida en la Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811. El art. 182 disponía que, las legislaturas provinciales tendrían el derecho de petición al Congreso y no se impediría a los habitantes el de reunirse ordenada y pacíficamente en sus respectivas parroquias para consultarse y tratar sobre sus intereses, dar instrucciones a sus representantes en el Congreso o en la provincia, o dirigir peticiones al uno o al otro cuerpo legislativo, sobre reparación de agravios o males que sufran en sus propios negocios.
- 22 La relación entre los derechos de reunión y de petición se mantuvo en la Constitución de la Republica de Venezuela de 1858, la cual disponía en su art. 15 que, todos los venezolanos tienen el derecho de asociarse y reunirse, sin armas, con cualquier objeto público o privado; y el de representar á las autoridades lo que estimen conveniente.
- 23 En la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812 se encuentra un precedente parcial en su artículo 56. "En la junta parroquial ningún ciudadano se presentará con armas". La Constitución Democrática de 1869, garantizaba en su artículo 17, las libertades de opinión, de reunión, de asociación y de dirigir peticiones individual o colectivamente. En la actualidad, el Tribunal Constitucional aún reconoce el valor particular de las reuniones,

²⁶ Limmer, *Rechtliche Grenzen der Einschüchterung im Versammlungsrecht*, pág. 78

que tienen por finalidad hacer llegar las opiniones o reivindicaciones, no sólo a la opinión pública en general o a los medios de comunicación, sino muy particularmente a determinadas entidades o, mejor, a determinadas personas que ocupan cargos en las mismas. La posibilidad de realizar la concentración en un lugar próximo a la sede de las entidades afectadas y en un horario de trabajo se convierte, en estos casos, en factores determinantes a la hora de ejercer el derecho de reunión.²⁷

Algunas Constituciones latinoamericanas mantienen aún la vinculación entre los derechos de reunión y de petición. Tal es el caso de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, actualizada hasta Reforma de 14.08.2001.²⁸ En el Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana de 1814 encontramos ya el antecedente del reclamo a los funcionarios públicos, pero es hasta 1857 en la que aparece que deba ser "escrito de manera pacífica y respetuosa" y la obligación de la autoridad de responderle por el mismo medio. A partir de 1847 se reconoce la reunión para discutir los asuntos públicos, que diez años después se consolida cuando se especifica que en materia política sólo podrán hacerlo los ciudadanos mexicanos. Se rescata también la expresión: "ninguna reunión armada tiene derecho a deliberar".

²⁷ STC 66/1995, de 8 de mayo Fj 3

²⁸ Artículo 9.- [...] No se considerara ilegal, y no podrá ser disuelta una asamblea o reunión que tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto a una autoridad, si no se profieren injurias contra esta, ni se hiciera uso de violencias o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desee.

3.2 La separación entre la libertad de reunión y el derecho de petición

25 En el año 1791 se inicia en Francia una tendencia a separar el ejercicio de los derechos de reunión, asociación y de petición, con el objeto de contrarrestar la formación de las llamadas asociaciones populares con pretensiones políticas.²⁹ La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que precedió a la Constitución de 1795, disponía que "La soberanía reside esencialmente en la universalidad de los ciudadanos. Ningún individuo, ninguna reunión parcial de ciudadanos puede atribuirse la soberanía".³⁰ Por su parte, la Constitución francesa de 1795 prohibía la realización de reuniones por asociaciones privadas con fines políticos (art. 362); los ciudadanos únicamente podían ejercer sus derechos políticos en asambleas primarias o municipales (art. 363); el derecho de petición sólo podía ser ejercido de forma individual y ninguna asociación podía presentar peticiones colectivas (art. 364) y establecía la prohibición absoluta de reuniones en lugares públicos (art. 366).³¹

26 Esta separación entre el derecho de reunión y de petición marcó el primer paso hacia la despolitización de la libertad de reunión. La previsión independiente de ambos derechos produjo una pérdida significativa de la importancia política del derecho de reunión, el cual ya no era considerado una vía de acceso a los gobernantes.³² Hasta nuestros días se ha mantenido la de-

²⁹ Quilisch, Die demokratische Versammlung, pág. 79

³⁰ Brewer-Carías, La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, pág. 68

³¹ Schwäble, Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit, pág. 24; Quilisch, Die demokratische Versammlung, pág. 43

³² Limmer, Rechtliche Grenzen der Einschüchterung im Versammlungsrecht, pág. 79

gradación del derecho de reunión, hacia un derecho individual, en lugar de una manifestación política colectiva.³³

La Constitución venezolana de 1811 también contenía disposiciones de esta naturaleza. El art. 215 de la Constitución de 1811³⁴ establecía que, ningún individuo, o asociación particular podrá hacer peticiones a las autoridades constituidas en nombre del pueblo, ni menos abrogarse la calificación de pueblo soberano. Sin embargo, este texto ha sido interpretado como una reafirmación de los mecanismos de la democracia representativa frente a la idea de la soberanía del pueblo.³⁵

En términos similares, la Constitución Política de la República Chilena de 1833³⁶ disponía en su art. 159 que, ninguna persona o reunión de personas puede tomar el título o representación del pueblo, arrogarse sus derechos, ni hacer peticiones a su nombre. La infracción de este artículo sería sedición.

La Constitución española de 1869 consagró, de forma innovadora,³⁷ la libertad de expresión, reunión, asociación y petición individual o colectiva (art. 17). El derecho de petición no podía ser ejercido colectivamente por ninguna clase de fuerza armada (art. 20). También se prohibía presentar peticiones en persona a las Cortes (art. 55). De este art. 55 de la CE de 1869 deriva el art. 77, I de la actual Constitución española,³⁸ la cual permite la presentación de peticiones individuales y colectivas ante las Cámaras, pero deben

³³ Schwäble, Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit, pág. 24

³⁴ Reeditado en las Constituciones de 1830; 1857; 1936 y de 1945

³⁵ Brewer-Carías, La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, pág. 68

³⁶ Abad/Coronel, Constituciones vigentes de los principales estados de Europa y América. Tomo II, pág. 127

³⁷ Souto, Las libertades publicas en la Constitución de 1869, pág. 131

³⁸ Matía, Artículo 494. Comentarios al Código penal, pág. 1757

ser siempre por escrito. La norma prohíbe expresamente la presentación directa por manifestaciones ciudadanas. Los arts. 494 y 495 del Código Penal establecen sanciones penales al incumplimiento de esta prohibición, cuando hubiera sido alterado el normal funcionamiento de del Congreso de los Diputados, del Senado o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma (art. 494) o cuando portando armas u otros instrumentos peligrosos, intentaren penetrar en las sedes de estas instituciones del Estado.³⁹ Se estima que la presentación de peticiones a través de manifestaciones frente a la sede de las Cámaras tiene una clara finalidad de presión y denuncia frente a la opinión pública.⁴⁰

30 Algunas Constituciones latinoamericanas mantienen aún la separación entre los derechos de reunión y de petición. Tal es el caso de la Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949, actualizada con la Reforma 8106/2001.⁴¹

3.3 La libertad de reunión como derecho político

31 En la Constitución venezolana de 1961, el derecho de reunión aparecía ubicado, por una parte, en el art. 71, en el capítulo de los derechos individuales, y en el art. 115, en el capítulo de los derechos políticos. El derecho de manifestación se incorporó entre los derechos políticos, por considerar el Consti-

³⁹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, reformada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo

⁴⁰ López, El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español, pág. 232

⁴¹ Artículo 4.- Ninguna persona o reunión de personas puede asumir la representación del pueblo, arrogarse sus derechos, o hacer peticiones a su nombre. La infracción a este artículo será sedición.

tuyente que este era su lugar propio.⁴² Esta misma estructura se encuentra en la actual Constitución venezolana de 1999.

La calificación de la libertad de reunión como un derecho político, en los 32 casos en que el contenido de lo expresado en la misma constituye un ejercicio de participación en el proceso político, para el desarrollo de iniciativas o de alternativas, o bien de críticas o protestas frente a los órganos del Poder Público, es un factor que debe ser tomado en consideración en la etapa de valoración y ponderación, en los casos en que se encuentra en conflicto frente a otros bienes jurídicos.

Hemos visto que la libertad de reunión constituía esencialmente un derecho 33 político en las primeras constituciones americanas. El mismo tenía la función de hacer posible el ejercicio del derecho de petición. Su justificación residía en la participación activa en el proceso político, como consecuencia de los principios de soberanía popular y democracia representativa.⁴³

En la Revolución francesa, el derecho de reunión también fue concebido 34 inicialmente como un derecho político, que pretendía asegurar al pueblo derechos de participación y actuación frente al Estado. La reunión pública servía al pueblo, especialmente a las clases bajas, como un medio de comunicación con las instituciones del Estado.⁴⁴

La vinculación entre la libertad de reunión y el derecho de petición se en- 35 encuentra presente en la obra de *Bobbio*, quien destaca que la condición nece-

⁴² Exposición de motivos de la Constitución de 1961, en Arcaya, Constitución de la República de Venezuela, pág. 49 y sig.

⁴³ Ripke, Europäische Versammlungsfreiheit, pág. 13

⁴⁴ Limmer, Rechtliche Grenzen der Einschüchterung im Versammlungsrecht, pág. 78

saría de todo gobierno democrático es la protección de las libertades civiles. La libertad de prensa, la libertad de reunión y de asociación son vías por medio de las cuales el ciudadano puede dirigirse a sus gobernantes para pedir ventajas, beneficios, facilidades, una más equitativa distribución de la riqueza, etc.⁴⁵

36 Como se observa, el derecho de reunión tiene una función política importante. Las reuniones ejercen influencia en la política pública de los Estados, a través de la movilización de la población y la formulación de sus reclamaciones y aspiraciones.⁴⁶ Su ejercicio constituye un mecanismo de participación en el proceso político. Sin embargo, la calificación del derecho de reunión como un derecho político, de participación en la formación de la voluntad política del Estado, un status activus, es muy controvertido.⁴⁷ De acuerdo con la evolución histórica, antes aludida, el derecho de reunión tiene en la actualidad una función dirigida predominantemente a asegurar un ámbito de libertad, el status negativus del ciudadano.

37 En contra de la función de derecho político del derecho de reunión, se señala que no es suficiente para tal calificación, que su ejercicio produzca un efecto político en sentido amplio. Los derechos políticos en sentido estricto se caracterizan por colocar a sus titulares en la capacidad de producir cambios jurídicos intencionales, esto es, ostentan una dimensión normativa de influencia, como es el caso del derecho al sufragio. Además, los derechos políticos se caracterizan por el doble carácter de derecho subjetivo y de fun-

⁴⁵ Bobbio, El futuro de la democracia, pág. 44

⁴⁶ Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, de 21 de mayo de 2012, párr. 24

⁴⁷ En favor: BVerfGE 69, 315/343 – Brokdorf; Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, pág. 157

ción orgánica objetiva.⁴⁸ En criterio de *Kunig*, mientras que el principio democrático se encuentra referido al orden del Estado, las reuniones tienen lugar en el ámbito de la Sociedad. Por ello, no constituiría un derecho de participación, ni menos aún, un derecho a que se cumplan las exigencias planteadas.⁴⁹

En favor del carácter de derecho político, se afirma que el derecho de reunión tiene implícito el derecho de realizar críticas públicas y colectivas a la actuación del Estado y a sus instituciones, lo cual debe ser tomado en cuenta como una especie de “sistema de alerta temprana” de factores de perturbación potencial y de problemas de integración.⁵⁰ Las reuniones han sido calificadas como elemento esencial de la apertura democrática: Ofrecen la posibilidad de influir públicamente en el proceso político, de desarrollar iniciativas y alternativas pluralistas o también de elevar críticas o protestas; contienen elementos de la democracia directa, irreprimible en sus orígenes, que es idónea para proteger la empresa política del entumecimiento de la rutina diaria. Principalmente, en las democracias con un sistema parlamentario representativo y pocos derechos de participación plebiscitaria, la libertad de reunión tiene el significado de un elemento funcional, indispensable y fundamental. Aquí es válido básicamente el principio de las mayorías. Pero, la influencia misma de la mayoría electoral en las elecciones es muy limitada; el poder estatal se ejerce a través de órganos especiales y es administrado

⁴⁸ Höfling, Art. 8, párr. 6, en: Sachs (Coord.), Grundgesetz

⁴⁹ Kunig, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 8, . 3. En este mismo sentido, Starck, Über Auslegung und Wirkungen der Grundrechte, pág. 28, quien afirma que la expresión “democracia directa” insinúa el ejercicio de un Poder Público. El autor considera que se trata más bien de una intervención en el Poder Público, el cual si bien tiene legitimación democrática, puede ser objeto de críticas.

⁵⁰ BVerfGE 69, 315/346 – Brokdorf; Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, pág. 251

predominantemente por un aparato burocrático. Las decisiones tomadas por esos órganos con base en el principio de las mayorías, ganarán más en legitimidad, en la medida que garanticen con mayor efectividad los derechos de las minorías; la aceptación de esas decisiones se verá influenciada por la posibilidad que tengan las minorías de influir suficientemente en la formación de la opinión y de la voluntad. Las manifestaciones de protesta pueden ser especialmente necesarias, cuando los órganos representativos no dan cuenta de los posibles inconvenientes y fallas o no los reconocen oportunamente, o prefieren ignorarlos, por la consideración de otros intereses.⁵¹

39 Por esto, las reuniones se han considerado como elemento esencial de la apertura democrática; contienen elementos de la democracia directa. Las demostraciones de protesta pueden ser especialmente necesarias, cuando los órganos representativos no dan cuenta de los posibles inconvenientes y fallas o no los reconocen oportunamente, o prefieren ignorarlos, por la consideración de otros intereses. Con ello se produce una función estabilizadora de la libertad de reunión para el sistema de la democracia representativa.⁵²

40 Las reuniones permiten potenciar el efecto de la expresión de una opinión, a través de la participación de un grupo de personas. Por ello constituyen un eficaz medio de lucha política y son idóneas para llevar una exigencia política más allá de la opinión pública, hacia un proceso de formación de la voluntad política, en el Gobierno o en el Parlamento.⁵³

⁵¹ BVerfGE 69, 315/346 – Brokdorf; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, pág. 159

⁵² BVerfGE 69, 315/346 – Brokdorf; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, pág. 159

⁵³ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, pág. 159

En la doctrina española se afirma que el derecho de reunión no sólo supone 41 el ejercicio de un derecho individual, sino que se trata asimismo de un instrumento fundamental para la realización de la participación política.⁵⁴ En palabras de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el derecho de reunión se convierte en una garantía de la democracia, supone una de las formas de democracia directa y, en esa medida, de participación de las personas en la vida de la comunidad y de expresión de la soberanía popular, que como se sabe no puede delegarse.⁵⁵

Estimamos que la dimensión de derecho político del derecho de reunión en- 42 cuentra su justificación en la medida en que el contenido de lo expresado se dirige a la participación en la toma de decisiones de los órganos del Poder Público. En este caso, su ejercicio se encuentra en una relación de complementariedad con otros derechos políticos, como el derecho colectivo de petición, lo cual daría lugar a un concurso de derechos fundamentales. La existencia de variantes específicas del derechos de petición, tales como, el derecho a la tutela judicial efectiva, la iniciativa popular de las leyes o el derecho de audiencia en el procedimiento administrativo no le restan importancia al derecho de petición.⁵⁶

Las funciones que se atribuyen al derecho de petición, también correspon- 43 den al ejercicio del derecho de reunión, en los casos en que se dirigen a producir un efecto político general, a través de la participación en el proceso de

⁵⁴ de Bartolomé, Derechos fundamentales y libertades públicas, pág. 183; Solozabal Echavarría, Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales, pág. 91; Soriano, Artículo 21: Derecho de reunión, pág. 577

⁵⁵ SAN 31/2014 de 7 de julio

⁵⁶ En sentido contrario, Bastida, Derecho de Petición, pág. 199

formación de la voluntad política; a informar a los representantes del pueblo acerca de los intereses y reclamos de parte de la población y, a que la protesta sea tomada en serio y debatida en procedimientos formales, lo cual produce una función de integración del ciudadano en el Estado y de legitimación democrática de las instituciones.⁵⁷

4 El derecho de reunión y la libertad de expresión

44 El derecho de reunión se encuentra en la más estrecha relación material con la garantía de la libertad de expresión.⁵⁸ En ciertos casos, el derecho a la libertad de expresión constituye el parámetro de control de la constitucionalidad de medidas del Poder Público, dictadas con ocasión de reuniones [*véase al respecto, párr. 68*].

La relación entre los derechos de reunión y de libertad de expresión puede tener un carácter interno, en la medida en que la manifestación colectiva de la libertad de expresión es un elemento integrante del derecho de reunión.⁵⁹ La garantía constitucional de la libertad de reunión pretende proteger la agrupación libre con otras personas, con la finalidad de formar y expresar una opinión común (expresión colectiva).⁶⁰ En la medida que el manifestante expresa su opinión, con su presencia física y de manera pública, y sin la intermediación de los medios, también desarrolla su personalidad en forma inmediata. Por tal motivo, nada se opone a que para el análisis del derecho

⁵⁷ Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, pág. 303

⁵⁸ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, pág. 159

⁵⁹ STC 85/1988, de 28 de abril ; BVerfGE 69, 315/342 - Brokdorf

⁶⁰ Tribunal Federal Administrativo, Sentencia del 16.05.2007, Exp.: BVerwG 6 C 23.06; VGH B-W12/07/2010 Exp. 1 S 349/10

de reunión se recurra a la misma argumentación que caracteriza por regla general el ejercicio de la libertad de expresión.⁶¹

En la jurisprudencia española se ha establecido reiteradamente la naturaleza 45 instrumental del derecho de reunión, respecto de la libertad de expresión. el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, siendo concebida por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo.⁶² Para muchos grupos sociales este derecho es, en la práctica uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones.⁶³ También en la doctrina española se afirma el contenido político de la libertad de reunión, así como su carácter de derecho de participación democrática.⁶⁴

Pero la libertad de reunión y de petición también tienen una función com- 46 plementaria de la libertad de expresión, en su función de participación política. Esto resulta especialmente claro en sistemas en que la libertad de disentir no logra obtener respuestas y acciones por parte de la autoridad pública. En estos casos, la libertad de reunión y de petición ofrecen mayores posibilidades de eficacia a la libertad de expresión.⁶⁵

⁶¹ BVerfGE 69, 315/344 - Brokdorf

⁶² STC 85/1988 Fj 2; Peralta, Libertad ideológica y libertad de expresión, pág. 273

⁶³ STC 66/1995 Fj 3

⁶⁴ López, El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español, pág. 99

⁶⁵ Duchacek, Derechos y libertades en el mundo actual, pág. 290

4.1 El derecho de reunión y la formación de la opinión pública

47 La valoración del derecho de reunión en los ordenamientos jurídicos de Alemania, España y los Estados Unidos es realizada a partir de su especial importancia en el proceso de formación de la opinión pública.

48 Recordemos que, la concepción inicial de la libertad de reunión como un derecho político fue desplazada en la Constitución Federal y en las Constituciones de los Estados de América del Norte. En el siglo XX la jurisprudencia americana desarrolló una vinculación entre el derecho de reunión y la libertad de expresión.⁶⁶ Este es el criterio dominante en la actualidad.

49 El Tribunal Constitucional Federal determina la finalidad de la libertad de reunión, sobre todo, en su importancia para el proceso democrático de formación de la opinión pública.⁶⁷ El derecho del ciudadano, de participar activamente en el proceso de formación de la opinión política, a través del ejercicio de la libertad de manifestación, forma parte de los elementos indispensables para el funcionamiento de una sociedad democrática. Ese significado fundamental debe ser tomado en consideración por el Legislador al dictar disposiciones que limitan el derecho fundamental, así como en la interpretación y aplicación de tales normas por parte de la Administración y los Tribunales.⁶⁸ La formación de la opinión, o la “formación de la voluntad política” presuponen un proceso comunicativo, que se realiza en las etapas esenciales de una reunión.⁶⁹ El manifestante expresa su opinión, con su presen-

⁶⁶ Ripke, Europäische Versammlungsfreiheit, pág. 13

⁶⁷ BVerfGE 69, 315/346 - Brokdorf; VGH B-W12/07/2010 Exp. 1 S 349/10; Hong, Die Versammlungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, pág. 157

⁶⁸ BVerfGE 69, 315/315 - Brokdorf

⁶⁹ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, pág. 159

cia física y de manera pública, sin la intermediación de los medios. En su forma típica, las demostraciones son la representación corpórea de las convicciones, donde los participantes, por una parte, se cercioran con otros en la comunidad de sus convicciones y, por la otra, exteriorizan una posición pública, –ya sea mediante la simple presencia, la forma en que aparecen, las relaciones con los otros y la elección del lugar – y ratifican sus puntos de vista.⁷⁰

El Tribunal Constitucional español ha señalado reiteradamente que el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, ofrece un cauce del principio democrático participativo, en la medida en que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones.⁷¹ De hecho para muchos grupos sociales este derecho es, en la práctica, uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones.⁷²

El principio del pluralismo político se encuentra fuertemente vinculado con el derecho de libertad de expresión, del que es manifestación colectiva el derecho de reunión, siendo éste, al igual que la mencionada libertad, un derecho que coadyuva a la formación y existencia de la opinión pública, de

⁷⁰ BVerfGE 69, 315/345 - Brokdorf

⁷¹ STC 85/1988, de 28 de abril Fj 2 ; STC 42/2000, de 14 de febrero Fj 2; STC 38/2009, de 9 de febrero Fj 2; STC 170/2008, de 15 de diciembre Fj 3

⁷² STC 38/2009, de 9 de febrero Fj 2; STC 170/2008, de 15 de diciembre Fj 3

forma tal que se convierte en una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, como lo son precisamente los derechos de participación política de los ciudadanos. Sin comunicación pública libre quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huera las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 CE, que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política.⁷³

4.2 La libertad de expresión en el Estado democrático

52 El Tribunal Federal Constitucional alemán ha establecido que el derecho fundamental a la libertad de expresión es, como expresión directa de la personalidad humana en la sociedad, uno de los derechos más supremos (un des droits les plus précieux de l’homme, según el artículo 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Es un elemento constitutivo del orden estatal democrático y liberal, el que se posibilite la permanente controversia ideológica, la contraposición de opiniones, que son su entorno natural.⁷⁴

53 El Tribunal Constitucional español ha subrayado repetidamente la “peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión”, en cuanto que garantiza

⁷³ STC 170/2008, de 15 de diciembre Fj 3

⁷⁴ BVerfGE 7, 198/208 – Lüth. En contra de una concepción que afirme la finalidad exclusiva de la libertad de expresión en el marco del principio democrático, Bethge, Art. 5, párr. 19, en: Sachs (Coord.), Grundgesetz; Starck, Der demokratische Verfassungsstaat, pág. 181, quien advierte sobre la errónea interpretación de los derechos de comunicación en función del Estado democrático. Estima que la vigencia de la libertad de expresión no depende del contenido sobre el cual se produce la opinión o la información.

para “la formación y existencia de una opinión pública libre”, que la convierte “en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática”, conforme a una jurisprudencia unánime que arranca de las tempranas.⁷⁵

4.3 La libertad de expresión como derecho político

En términos similares a los indicados con respecto a la libertad de reunión, 54 el derecho a la libertad de expresión es concebido generalmente desde su dimensión de status negativus. Sin embargo, también encontramos algunas posiciones que permiten justificar su relación directa con la legitimidad de las decisiones de los órganos del Poder Público, en un Estado democrático.

Como señala el autor norteamericano *Duchacek*, los ciudadanos no pueden 55 tener una auténtica participación política, no pueden informar, criticar, controlar ni deponer a los gobernantes, a no ser que sean libres para expresar puntos de vista diferentes. Por ello, la libertad de expresión es una condición previa de los derechos de participación política.⁷⁶ La libertad de expresión presupone el correspondiente deber por parte de las autoridades políticas, de estar atentos, de escuchar.⁷⁷

En la teoría de *Jürgen Habermas*, se plantea la función del derecho a la li- 56 bertad de expresión, como un “derecho de participación y comunicación”. La democracia deliberativa presupone que los funcionarios del Gobierno y

⁷⁵ STC, de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009 Fj 2

⁷⁶ Duchacek, *Derechos y libertades en el mundo actual*, pág. 290. También en este sentido, Häberle, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, pág. 71; Böckenförde, *La Democracia como principio constitucional*, pág. 79

⁷⁷ Duchacek, *Derechos y libertades en el mundo actual*, pág. 291

la burocracia se encuentren sujetos al proceso de formación de la opinión y de la voluntad pública.⁷⁸ El modelo de democracia de Habermas se basa en procesos de comunicación y más concretamente en deliberaciones. Estos derechos de comunicación y participación son condiciones no sólo necesarias para los procesos electorales, sino para la existencia de un proceso político democrático permanente, basado en una comunicación fluida entre la sociedad civil y el Estado, mediante distintas expresiones que tienen lugar en el espacio público, así como distintos mecanismos de participación institucionalizados. Es esta permanente comunicación la que le otorga legitimidad democrática al Estado, en la medida de que este salvaguarda “un proceso inclusivo de la formación de la voluntad común”.⁷⁹

57

El planteamiento central de la teoría de la acción comunicativa de *Habermas* se refiere a la búsqueda de mecanismos institucionales que justifiquen la presunción de que las decisiones políticas básicas contarán con el acuerdo de todos los afectados por ellas, si pudieran participar sin restricciones en una formación discursiva de la voluntad colectiva.⁸⁰ El principio democrático se basa en la institucionalización formal de un procedimiento discursivo. Una norma jurídica tiene legitimación democrática, cuando deriva de un procedimiento, configurado externamente sobre derechos subjetivos de comunicación y participación en un plano de igualdad e, internamente, sobre la lógica de la argumentación discursiva, con lo cual es posible atribuir al resultado una presunción de aceptación discursiva.⁸¹

⁷⁸ Günther, *Politik des Kompromisses*, pág. 54

⁷⁹ Navas, *Derecho a la Información y teoría democrática*, pág. 2

⁸⁰ Morales, *La Acción Comunicativa de Jürgen Habermas*, pág. 79

⁸¹ Lieber, *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit*, pág. 44

La condición del procedimiento participativo se remonta a la filosofía jurídica de *Kant*: la idea de la voluntad general constituye el presupuesto que distingue un gobierno republicano de uno despótico. "Todo legislador se encuentra obligado a dictar las leyes, de tal forma que hubiera derivado de la voluntad reunida de todo el pueblo." Una ley sería injusta, si el pueblo "no hubiera tenido posibilidad alguna de otorgar su aprobación."⁸² 58

También en la obra de *Bobbio* encontramos referencias al proceso comunicativo. Mientras que el sistema autocrático es capaz de controlar las demandas de los ciudadanos a sus gobernantes, sofocando la autonomía de la sociedad civil; en el sistema democrático aumenta la cantidad y rapidez en que son planteadas tales demandas, a través del ejercicio de las libertades de prensa, de reunión y de asociación. También es distinto el proceso de respuesta. Mientras que el sistema autoritario dispone de gran facilidad para dar respuesta, pues no tiene que respetar los complejos procedimientos del sistema parlamentario; en el sistema democrático se produce una sobrecarga de demandas por la lentitud de los procedimientos por los cuales la clase política debe tomar las decisiones adecuadas. En conclusión, en la democracia la demanda es fácil y la respuesta es difícil, mientras que en la autocracia, la demanda es difícil y la respuesta es fácil.⁸³ 59

El Tribunal Constitucional español ha advertido que, desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, la formulación de críticas hacia los representantes de una institución o titulares de un cargo público, por desabridas, acres o inquietantes que puedan resultar no son más que reflejo de la 60

⁸² Lieber, *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit*, pág. 61

⁸³ Bobbio, *El futuro de la democracia*, pág. 44

participación política de los ciudadanos⁸⁴. El Estado democrático de derecho se realiza también a través de la garantía de un proceso de comunicación pública abierto, libre y plural en el que se someta al escrutinio del conjunto de los ciudadanos lo que dicen y hacen aquéllos que tienen atribuida la administración del poder público.⁸⁵ El derecho a la libertad de expresión tiene una dimensión trascendente u objetiva, pues mediante su ejercicio se propicia la formación tanto de opinión pública como de una ciudadanía activa, sin cuya vitalidad crítica no son posibles, o no lo son en plenitud, ni la democracia ni el pluralismo políticos.⁸⁶

4.4 El derecho de reunión en el comunismo

61 La Constitución de la República Democrática de Alemania garantizaba el derecho de reunión, al igual que el derecho de libertad de expresión, sólo *en el marco de los principios y fines de la Constitución*. Tales principios se encontraban referidos al rol del Partido marxista-leninista (SED) como máxima autoridad; la unidad de los Poderes Públicos; el centralismo democrático y la propiedad del Pueblo sobre los medios de producción. De tal forma, los derechos individuales se encontraban subordinados al sistema de supremacía de la sociedad y del Estado.⁸⁷

62 Por su parte, en la República Federal de Alemania, mediante sentencia del 17 de agosto de 1956, el Tribunal Constitucional Federal se pronunció acer-

⁸⁴ STC de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009 Fj 3

⁸⁵ STC 101/2003, de 2 de junio Fj 3

⁸⁶ STC 65/2015, de 13 de abril de 2015 Fj 3

⁸⁷ Lieser-Triebnigg, *Recht in der DDR*, pág. 23

ca de la constitucionalidad del Partido Comunista de Alemania (KPD). El Tribunal estimó fundada la solicitud y acordó la disolución del partido. La finalidad del KPD era introducir el orden socialista-comunista, a través de la revolución socialista y la dictadura del proletariado. Ambas son incompatibles con el orden liberal democrático.⁸⁸ De acuerdo con el Programa del Partido, el KPD se orienta en toda su actividad a la teoría de *Marx, Engels, Lenin y Stalin*. El tribunal analizó, entre otras cosas, el tratamiento de las libertades de prensa y de reunión, especialmente en la doctrina relativa a la dictadura del proletariado.

La doctrina de la revolución del proletariado consiste en la sustitución “del poder de una clase por el poder de la otra clase”. El acto esencial es la “transición del poder del Estado a la clase interesada en la evolución de la sociedad y que actúa en consecuencia”. Según *Marx*, la revolución no sólo es necesaria “porque la clase dominante no puede ser derrocada de otra forma, sino también porque sólo de ese modo la clase trabajadora puede quitarse de encima la basura de siempre y ser capaz de refundar la sociedad”.⁸⁹

La doctrina de la dictadura del proletariado significa que el Poder del Estado reside en las manos del proletariado, y constituye un instrumento de sometimiento del enemigo del proletariado, esto es, de la burguesía.⁹⁰ Según *Stalin*, la función de la dictadura del proletariado en el socialismo avanzado, consiste – en resumen – en someter a la burguesía e impedir la resistencia de la clase sometida; defender al nuevo Estado frente a los enemigos exter-

⁸⁸ BVerfGE 5, 85/147 – Prohibición del Partido Comunista Alemán KPD

⁸⁹ BVerfGE 5, 85/165 – Prohibición del Partido Comunista Alemán KPD

⁹⁰ BVerfGE 5, 85/176 – Prohibición del Partido Comunista Alemán KPD

nos y promover la construcción interna de ese Estado en la dirección a la eliminación de las clases y la construcción del socialismo.⁹¹

65 Al sector de la población, al cual pertenecen los explotadores, no puede serle reconocido el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, especialmente no habría para ellos ni el derecho de reunión ni el de prensa. De acuerdo con *Lenín*, “Todo trabajador consciente, que no ha roto con su clase, entiende en seguida, que sería torpe, prometer a los explotadores la libertad de reunión, en un período y bajo las condiciones, en las cuales los explotadores se defienden contra su derrocamiento y protegen sus privilegios”.⁹²

66 En palabras de *Stalin*, “entre nosotros no hay libertad de prensa para la burguesía ... Qué tiene eso de sorprendente? Nosotros nunca hemos asumido el deber de dar a todas las clases la libertad de prensa o de hacer felices a todas las clases.”⁹³

67 El argumento de los derechos fundamentales, especialmente de los derechos de libertad es valorado como una abierta contrarrevolución, cuando con ello puede ponerse en peligro la dictadura del proletariado. De tal forma, *Lenín* ha aclarado: “Nosotros le decimos a todo aquél que en el momento, en que hubiera sido alcanzada la caída del poder del capital en todo el mundo, o sólo en un país, que quien en ese momento histórico, en el que se encuentra en primer lugar la lucha de la clase trabajadora hacia la total caída del capital y la total extinción de la producción de mercancías, todo el que en ese momento político haga valer la palabra “libertad” y en nombre de esa liber-

⁹¹ BVerfGE 5, 85/181 – Prohibición del Partido Comunista Alemán KPD

⁹² BVerfGE 5, 85/181 – Prohibición del Partido Comunista Alemán KPD

⁹³ BVerfGE 5, 85/181 – Prohibición del Partido Comunista Alemán KPD

tad actúan en contra de la dictadura del proletariado, que ellos sólo están ayudando a los explotadores”.⁹⁴

5 El parámetro de control de lo expresado en una reunión

El derecho de reunión es aplicable como parámetro de control, en los casos en que una actuación del Poder Público ha afectado la libertad de reunirse en un lugar, con otras personas, con el objeto de realizar un debate o una declaración colectiva, dirigida a participar en la formación de la opinión pública. Pero, en los casos en que la limitación se encuentra referida al contenido y la forma de la expresión de la opinión, es controversial si la medida debe ser revisada en base al derecho a la libertad de expresión, incluso cuando la opinión es expresada en una manifestación o a través de ella.⁹⁵

Para resolver el problema planteado debe distinguirse, en primer lugar, el ámbito de protección de los derechos de libertad de expresión y de reunión. Como veremos más adelante, la libertad de expresión ofrece parámetros claros para la valoración de expresiones verbales y escritas, pero para expresiones simbólicas, de obra, son adecuados los criterios aplicables a la libertad de reunión, sobre su carácter pacífico y no perturbador del orden público. Otro indicio para determinar el derecho de libertad aplicable, lo constituye la naturaleza del bien jurídico protegido. Si la afectación del derecho de libertad tiene como fundamento la protección de derechos de personalidad (honor, reputación, propia imagen, vida privada, etc) u otros bienes jurídicos similares, entonces es útil la aplicación de la libertad de expresión,

⁹⁴ BVerfGE 5, 85/185 – Prohibición del Partido Comunista Alemán KPD

⁹⁵ BVerfGE 104, 92/103 - Bloqueos sentados III; BVerfGE 111, 147/154 - Prohibición de la reunión por el contenido expresado

mientras que el derecho de manifestación es un parámetro válido en el caso de afectaciones al orden público. En casos más complejos, es posible encontrar elementos mixtos, por lo que es posible realizar un doble análisis.

70 La situación planteada conforma un caso de concurso de derechos fundamentales,⁹⁶ en razón de que la conducta se encuentra comprendida en varios derechos fundamentales. Para resolverlo es aplicable en primer término el principio de especialidad. En caso de que no se plantee una relación de especialidad entre ellos, entonces la protección se determina de acuerdo con ambos derechos. Si el efecto protector resulta de diferente grado, se produciría una protección doble, en el sentido que la afectación debe encontrarse justificada de acuerdo con el grado de protección más estricto.

5.1 Lo expresado y el lenguaje simbólico en la jurisprudencia alemana

71 Ejercicio 3: “La resistencia nacional”

El recurrente anunció una marcha con declaración para el 30 de junio de 2001, bajo el lema: Contra la prohibición de manifestaciones. El 27 de junio de 2001 el Departamento de Orden Público dictó una Disposición, que comprendía en total 11 normas limitativas, denominadas condiciones. Las condiciones recurridas Nro. 9 y 10 establecían lo siguiente:

9. Se prohíben las expresiones de consignas con las palabras resistencia nacional, como por ejemplo, aquí marcha la resistencia nacional o aquí se pasea la resistencia nacional. También se prohíbe la utilización de esas antes indicadas consignas en forma escrita, como por ejemplo, volantes, pancartas, etc.

10. En los discursos de la reunión y en los gritos de consignas así como en las pancartas deben omitirse las expresiones referidas al prohibido Partido liberal de los Trabajadores de Alemania (FAP) así como a las denominaciones Resistencia Nacional y Nacionalistas Libres del País Vencedor.

La condición Nro. 10 deriva de la consideración, que las expresiones de las organizaciones indicadas pueden invocar en la población asociación de ideas con el nacional-socialismo. [Ver el esquema en párr. 75]

72

En principio, el control de constitucional sobre decisiones que imponen limitaciones, justificadas en la afectación de bienes jurídicos, a partir del con-

⁹⁶ Pjeroth/Schlink, Grundrechte, párr. 337 y sig.; Bethge, Art. 5, párr. 48, en: Sachs (Coord.), Grundgesetz; Kunig, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 8, . 37; Espinoza, Derecho constitucional en Alemania y Austria, párr. 507

tenido de una opinión, es realizado de acuerdo con los criterios que han sido desarrollados por la jurisprudencia sobre la libertad de expresión. Tal es el caso, por ejemplo, de la imputación de responsabilidad penal por los hechos violentos producidos durante una reunión, a cuya realización habría convocado públicamente.⁹⁷ Para la revisión son aplicables los principios establecidos en relación con el derecho a la libertad de expresión.⁹⁸

Inicialmente, en los casos en los cuales las limitaciones del ejercicio de la libertad de reunión se basaban en el contenido de las opiniones expresadas en la misma, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania tomaba como parámetro de control exclusivamente el derecho a la libertad de expresión.⁹⁹ Una expresión, que no puede ser impedida, en los términos del derecho a la libertad de expresión, tampoco puede dar lugar a limitaciones de la libertad de reunión.¹⁰⁰

En la jurisprudencia posterior,¹⁰¹ se toma como referencia el derecho de reunión, en cuyo análisis debe tomarse en consideración la garantía especial de la libertad de expresión.¹⁰² Las limitaciones al ejercicio de la libertad de reunión pueden derivar de la necesidad de brindar protección frente a peligros a la seguridad y el orden público, que derivan de la forma en que se lleva a cabo la reunión. Por el contrario, no pueden justificarse tales limita-

⁹⁷ BVerfGE 82, 236/258 - Schubart

⁹⁸ BVerfGE 82, 236/259 - Schubart

⁹⁹ BVerfGE 90, 241/246 – Negación del genocidio; BVerfG Beschluss vom 26. Januar 2006 Az. 1 BvQ 3/06, párr. 18; con más referencias, BVerwG Urt. v. 25.06.2008, Az.: BVerwG 6 C 21.07, párr. 18

¹⁰⁰ BVerfG · Beschluss vom 24. März 2001 · Az. 1 BvQ 13/01, párr. 30

¹⁰¹ Referencias sobre la evolución de la jurisprudencia, en VG Saarlouis Urteil vom 14.7.2014, 1 K 507/13

¹⁰² BVerfG Resolución del 19 de diciembre de 2007 Exp. 1 BvR 2793/04, párr. 27

ciones, en base al contenido de las expresiones o del sentido temático de la reunión.¹⁰³

73 La legislación sobre reuniones tiene por finalidad la protección de bienes jurídicos, independientemente de si se trata de peligros derivados de opiniones o de otra forma. En todo caso, la legislación sobre reuniones debe ser objeto de una interpretación restrictiva, por motivos constitucionales, en el sentido que, la amenaza para el orden público no es aplicable cuando la misma deriva del contenido de las opiniones.¹⁰⁴ En tales casos, las opiniones sólo pueden ser prohibidas, de conformidad con la legislación sobre reuniones, cuando las mismas se encuentran prohibidas a través de leyes penales o de otras leyes.¹⁰⁵

74 Lo expuesto permite concluir que las medidas restrictivas de la libertad de reunión, bien por la imposición de condiciones para su ejercicio o por la prohibición o la disolución de la reunión, derivadas del contenido de las opiniones expuestas en la reunión, requieren, en primer lugar, que se trate de expresiones prohibidas por una ley formal, en virtud del principio de reserva legal, como en el caso de las leyes penales. La aplicación de tales disposiciones legislativas debe ser conforme los parámetros establecidos en torno al derecho a la libertad de expresión. Finalmente, la medida debe encontrarse justificada por la necesidad de brindar protección al orden público,

¹⁰³ BVerfG · Beschluss vom 26. Januar 2006 · Az. 1 BvQ 3/06, párr. 16

¹⁰⁴ BVerfG Resolución del 19 de diciembre de 2007 Exp. 1 BvR 2793/04, párr. 32

¹⁰⁵ BVerfG Resolución del 19 de diciembre de 2007 Exp. 1 BvR 2793/04, párr. 41

no por el contenido de la opinión, sino por la forma de realización de la reunión y del efecto de provocación que deriva del mismo.¹⁰⁶

Los órganos administrativos estimaron infringido el orden público, en razón de las características nacional-socialistas de la reunión planificada y de su efecto sobre los ciudadanos y la imagen internacional del Estado. Especialmente se consideró relevante la posibilidad de difusión de la ideología de extrema derecha; la exhibición de banderas negras, las cuales simbolizan de cierta forma la adhesión a las SS; la fecha elegida, así como la planificada marcha sobre la frontera con Holanda. Además se pretende el uso de tambores y la marcha militar. Tales elementos recuerdan el tiempo del nacional-socialismo y la invasión sobre Holanda. Las limitaciones del derecho de reunión exigen que la afectación al orden público derive de la forma de la expresión colectiva y no del simple contenido de lo expresado, como en el caso de conductas provocativas o agresivas que afectan la convivencia de los ciudadanos. El derecho de reunión protege marchas, pero no desfiles con características paramilitares u otros elementos intimidatorios.¹⁰⁷

En el caso de actos simbólicos, tales como arrojar objetos blandos, como por ejemplo, tomates o huevos, la doctrina utiliza como parámetro de protección al derecho de reunión. En criterio de *Pieroth/Schlink*, habría que diferenciar si la finalidad de la conducta sólo está referida a ridiculizar o si por el contrario se persigue causar un daño, para determinar si se trata de una conducta pacífica o violenta dentro de la reunión.¹⁰⁸

Finalmente, la estrecha relación entre los derecho de reunión y libertad de expresión, e incluso su superposición en algunos casos, puede verse en los casos en los que, la sola presencia física de los manifestantes en un lugar determinado constituye un medio de comunicación de una reunión. Tal es el caso de una contra-manifestación, en la que el bloqueo sentado de la marcha no sólo tenía por objeto impedir el paso concreto de los manifestantes, sino

¹⁰⁶ VG Saarlouis Urteil vom 14.7.2014, 1 K 507/13

¹⁰⁷ BVerfG · Beschluss vom 24. März 2001 · Az. 1 BvQ 13/01, párr. 36

¹⁰⁸ Pieroth/Schlink, Grundrechte, 692

que pretendía simbolizar, el bloqueo que impediría la participación del partido de extrema derecha en la sociedad. El bloqueo de una de las calles simbolizaba el rechazo a uno de los tres principios del partido NPD, y la ocupación de ese lugar por los contra-manifestantes y no por el partido NPD.¹⁰⁹

75 Esquema del ejercicio: Ejercicio 3: “La resistencia nacional”

1) La relación jurídica se plantea en el sentido de la imposición de medidas restrictivas por parte de un órgano del Poder Público, con el objeto de proteger el orden público. Como parámetro de control de la constitucionalidad se hace uso del derecho de reunión, pero además se toma en consideración el derecho a la libertad de expresión.

2) El § 15 aparte 1 VersG [Ley de Reuniones] tiene por finalidad la protección de bienes jurídicos, independientemente de si se trata de peligros derivados de opiniones o de otra forma. En todo caso, el § 15 aparte 1 VersG requiere de una interpretación restrictiva, por motivos constitucionales, en el sentido que, la amenaza para el orden público no es aplicable en los casos en que la misma deriva del contenido de las opiniones.

3) La entonación de consignas es una forma de expresión típica de las reuniones, las cuales participan de la protección de la libertad de reunión. Sería incompatible con la libertad de reunión que se pretenda derivar de formas típicas de la difusión de opiniones durante las reuniones, tales como las consignas entonadas en grupo así como el uso de pancartas o volantes, que acompañan a la expresión de determinadas opiniones, para justificar limitaciones de la libertad de reunión, en base al argumento de la protección del orden público.¹¹⁰

4) Los efectos sobre terceros derivados del contenido de la opinión no pueden justificar una limitación a la reunión, en razón de que no se produce una situación de peligro para el orden público.¹¹¹

5.2 Lo expresado durante una reunión en la jurisprudencia española

76 El Tribunal Constitucional ha resaltado que el contenido expresado durante una reunión no puede justificar su limitación. El concepto de orden público con peligro para personas y bienes del art. 21 CE debe ser interpretado como una “situación de hecho”, es decir, el orden en sentido material en los lugares de tránsito público y no como un orden sinónimo de respeto a principios y valores jurídicos y metajurídicos, puesto que el contenido de las ideas sobre las reivindicaciones que pretenden expresarse y defenderse mediante el ejercicio de este derecho no puede ser sometido a controles de

¹⁰⁹ VG Braunschweig · Urteil vom 28. Februar 2007 · Az. 5 A 685/05, párr. 41

¹¹⁰ BVerfG Resolución del 19 de diciembre de 2007 Exp. 1 BvR 2793/04, párr. 44

¹¹¹ BVerfG Resolución del 19 de diciembre de 2007 Exp. 1 BvR 2793/04, párr. 42

oportunidad política,¹¹² o a juicios en los que se emplee como canon el sistema de valores que cimientan y dan cohesión al orden social en un momento histórico determinado, controles sobre el contenido del discurso reivindicativo proscrito por la Constitución.¹¹³

En efecto, al ponderar la aplicación del límite del art. 21.2, los poderes públicos deben garantizar el ejercicio del derecho de reunión por parte de todos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna en razón del contenido de los mensajes que los promotores de las concentraciones pretenden transmitir, salvo que ese contenido infrinja la legalidad.¹¹⁴ 77

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra ha considerado ajustada a derecho la prohibición de reuniones, cuyo lema podría ser constitutivo del delito de exaltación del terrorismo. 78

El Tribunal Supremo ha interpretado que el lema de la convocatoria a la concentración: "autrem el Parlament, no deixarem que aprovin retallades (paremos el Parlament, no permitiremos que aprueben recortes)", expresa su significado gramatical, "parar" es "detener", "impedir" el normal desarrollo de la función parlamentaria, y hacerlo además con ocasión del debate previsto para reformas presupuestarias que, a juicio de los acusados, iban a implicar un recorte de los derechos sociales y los servicios públicos. Esta finalidad no queda oscurecida, por el hecho de que en una rueda de prensa celebrada días antes "... dos portavoces de los movimientos sociales (declararan) que no pretendían impedir el funcionamiento del Parlament sino detener el ataque contra los derechos sociales y los servicios públicos que significaban las medidas presupuestarias que se iban a aprobar". Ninguna interferencia provoca esa proclamación fáctica para el juicio de subsunción. De una parte, porque esa afirmación acerca de la finalidad que animaba la convocatoria se pone en boca de dos portavoces no identificados, de cuya participación en los hechos nada dice el juicio histórico. De otra parte, porque encierra una contradicción insalvable afirmar que no se pretende impedir el funcionamiento del Parlament y añadir inmediatamente después que lo que verdaderamente se persigue es "... detener el ataque contra los derechos sociales y los servicios públicos (...) que se iban a aprobar". Y es que mal se puede evitar la aproba- 79

¹¹² STC 66/1995, de 8 de mayo Fj 3; STC 301/2006, de 23 de octubre Fj 2

¹¹³ STC 193/2011, de 12 de diciembre FJ. 3

¹¹⁴ STC 66/1995, de 8 de mayo Fj 3; STC 193/2011, de 12 de diciembre FJ. 3

ción de unas medidas legislativas sin impedir u obstaculizar el funcionamiento del órgano parlamentario en el que aquéllas van a ser aprobadas.¹¹⁵

5.3 El lenguaje simbólico en la jurisprudencia norteamericana

80 La relación entre la libertad de expresión y la acción es un tema difícil y controversial. El “lenguaje simbólico” se encuentra referido a una serie de actos relacionados con la expresión verbal, que sirve para comunicar ideas y conceptos a través de acciones simbólicas.¹¹⁶

81 El Tribunal Supremo de los Estados Unidos amparó a unos trabajadores de izquierda que habían enarbolado una bandera roja, por considerarlo un “lenguaje simbólico”. El tribunal también reconoció la negativa a saludar la bandera por niños testigos de Jehová en las escuelas. En la época de las protestas y los tumultos callejeros, los participantes arrojaron basura en las autopistas, organizaron atascos en puentes de mucho tráfico, ocuparon viviendas en construcción, universidades, museos, estaciones de televisión, edificios públicos y privados. Los tribunales federales aceptaron como “lenguaje simbólico”, la ocupación de bibliotecas públicas, pero no el arrojar sangre sobre los archivos de los centros de reclutamiento.¹¹⁷

82 Desde el punto de vista dogmático, el análisis utilizado por la jurisprudencia norteamericana es similar al tratamiento de lo expresado en una reunión realizado por la jurisprudencia alemana, que expusimos en el aparte anterior.

83

¹¹⁵ STS 812/2015 de 17 de marzo Fj 5G

¹¹⁶ Duchacek, Derechos y libertades en el mundo actual, pág. 295

¹¹⁷ Duchacek, Derechos y libertades en el mundo actual, pág. 296

Durante una manifestación de protesta política, Gregory Lee Johnson fue arrestado y acusado, por la quema de una bandera americana, en virtud de una Ley del Estado de Texas que prohibía la "profanación de un objeto venerado". Fue condenado a un año de prisión y multa de 2.000 dólares. La Corte de Apelaciones Penales de Texas revocó la sentencia por entender que la ley de Texas resultaba inconstitucional en esta materia. Por su parte, el Tribunal Supremo Federal sostuvo que la Ley de Texas contra la quema de la bandera violaba los derechos de la Primera Enmienda y en particular la libertad de expresión. El Tribunal no dejó de reconocer que el Estado posee un poder muy amplio para limitar comportamientos de cuantos no actúen con moderación en sus manifestaciones orales o escritas. Sin embargo, precisó también que el Estado no debe prohibir conductas en razón de los elementos utilizados en esa expresión de las ideas en reuniones o manifestaciones.¹¹⁸

5.4 El lenguaje simbólico en la jurisprudencia española

Ejercicio 4: Jaume

Con motivo de la visita institucional de S. M. el Rey a la ciudad de Gerona, Jaume y Enric, quemaron previa colocación boca abajo de una fotografía de gran tamaño de SS. MM. los Reyes de España en una concentración al finalizar el transcurso de una manifestación que se encontraba encabezada por una pancarta que decía "300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española", celebrada en protesta de la visita real a la ciudad de Girona, mientras eran jaleados con diferentes gritos por las varias decenas de personas que se habían reunido en la citada plaza. La Audiencia Nacional les condenó como autores de un delito de injurias contra la Corona, a la pena de quince meses de prisión, que fue sustituida por multa de treinta meses, con una cuota diaria de tres euros.¹¹⁹

84

El Tribunal Constitucional ha establecido que, aunque las más genuinas formas de expresión consisten en manifestaciones orales o escritas, las personas pueden igualmente comunicar o expresar sus ideas y opiniones mediante conductas, hechos o comportamientos no verbales que, en tal consideración, son también manifestaciones de la libertad de expresión. Por ello, las personas también pueden manifestar sus ideas y opiniones mediante un lenguaje simbólico (symbolic speech), o bien mediante otras conductas expresivas (expressive conduct). El componente significativo o expresivamen-

¹¹⁸ Caso *State of Texas v. Gregory Lee Johnson* 109, U.S. 2533 (1989), en López Gonzalez, Consideraciones de Derecho Comparado en torno al derecho de reunión y manifestación, pág 228. También, con otros ejemplos, Rohloff, Grundrechtsschranken in Deutschland und den USA, pág. 141

¹¹⁹ STC, de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009

te inocuo de determinados símbolos, actitudes o conductas dependerá, pues, del contexto que integre las circunstancias del caso.¹²⁰

No resulta del todo claro, si el análisis de las conductas descritas como lenguaje simbólico, debe ser encuadrado exclusivamente en el ámbito de protección de la libertad de expresión, de la libertad ideológica,¹²¹ o si también es aplicable el derecho de reunión.

85 La delimitación entre la libertad de expresión y la libertad ideológica, garantizada en el art. 16 CE, es realizada en la doctrina, según la forma de su exteriorización. Las manifestaciones protegidas por la libertad ideológica serían aquellas que no se expresan a través del lenguaje verbal o escrito, sino a través del lenguaje simbólico, a que alude la jurisprudencia norteamericana.¹²²

86 Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece rechazar esa posibilidad. La libertad ideológica ha sido aplicada por el Tribunal Constitucional en el caso de la huelga de hambre reivindicativa por reclusos;¹²³ pero también en el caso de artículos periodísticos;¹²⁴ mientras en que el caso de opiniones verbales injuriosas, ha sido aplicada la libertad de expresión.¹²⁵ Como se observa, el Tribunal Constitucional no realiza una delimitación entre los derechos a la libertad ideológica y de expresión, en base al principio de especialidad, sino que aplica ambos derechos en forma con-

¹²⁰ STC, de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009 Fj 3

¹²¹ Voto particular discrepante de la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, en STC, de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009

¹²² Jiménez, Libertad ideológica, pág. 145

¹²³ STC 120/1990, de 27 de junio Fj 10

¹²⁴ STC 20/1990, de 15 de febrero

¹²⁵ STC 232/2002, de 9 de diciembre

currente, como lo indica expresamente en el caso de las afirmaciones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración.¹²⁶

La aplicación concurrente de ambos derechos no ha sido empleada, sin embargo, en el sentido de la aplicación de menor grado de limitación, tomando en cuenta que la libertad de expresión tiene su límite en el respeto a los derechos reconocidos en la Constitución, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia (art. 20 IV), mientras que la libertad ideológica sólo puede ser limitada, cuando sea necesario para el mantenimiento del orden público (art. 16 I). El Tribunal ha indicado que la libertad ideológica no puede ser utilizada para eludir los límites de la libertad de expresión, pero la visión globalizada de ambos derechos obligaría a partir de ese derecho fundamental y no entenderlo simplemente absorbido por las libertades de expresión e información.¹²⁷

La aplicación concurrente de la libertad ideológica y de expresión ha sido más relevante desde el punto de vista de la valoración de la conducta. La libertad ideológica también participa del valor preferente que ha sido reconocido a la libertad de expresión, a partir de la concepción de los derechos fundamentales como un orden objetivo de valores. Según el Tribunal Constitucional, la libertad ideológica indisolublemente unida al pluralismo político que, como valor esencial del ordenamiento jurídico

¹²⁶ STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 4 y 9

¹²⁷ STC 20/1990, de 15 de febrero Fj 3; Voto particular discrepante de la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, en la STC, de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009

propugna la Constitución, exige la máxima amplitud en el ejercicio de aquélla y, naturalmente, no sólo en lo coincidente con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico, sino también en lo que resulte contrapuesto a los valores y bienes que en ellos se consagran.¹²⁸ La concurrencia produce una ampliación del campo de acción del ejercicio de la libertad de expresión.¹²⁹

89 Una interpretación distinta ha sido sostenida por la *Magistrada doña Encarnación Roca Trías*, quien sostiene la aplicación exclusiva de los parámetros del artículo 16, según el cual la libertad ideológica sólo puede ser limitada, cuando sea necesario para el mantenimiento del orden público.¹³⁰

90 Esquema del ejercicio: Jaume Roura

La sanción penal constituye una afectación al ámbito de protección de los derechos a la libertad de expresión, a la libertad ideológica y a la libertad de reunión. La destrucción de un retrato oficial posee un innegable y señalado componente simbólico [FJ 3]. La condenatoria persigue un fin legítimo, al efecto, la protección jurídica que el legislador penal otorga a la Corona, al igual que hace con otras altas Instituciones del Estado, para defender el propio Estado Constitucional [FJ 3]. Estos elementos mixtos impiden separar el ámbito de protección de los derechos de libertad. En cuanto a los derechos de libertad de expresión y de libertad ideológica, utilizaremos la valoración reforzada del último, pero con los límites más amplios del primero.

La afectación se encuentra establecida en una ley formal, en el Código Penal.

La influencia del derecho a la libertad de expresión puede producirse, bien en la interpretación del término “injuria”, o bien como una causa de justificación. El lenguaje simbólico acarrea dificultades en la interpretación. Pero, estimamos que la quema de una fotografía no es suficiente para sugerir una acción violenta o un lenguaje del odio, ni la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados. Estimamos, con el voto particular discrepante de la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, que el acto constituye un aporte a la formación de la opinión pública, en un asunto sujeto al debate político, cuyo objetivo era mostrar el rechazo a la visita del Monarca a Cataluña. Por tal motivo, la conducta no merece el reproche penal, desde el punto de

¹²⁸ STC 20/1990, de 15 de febrero Fj 5; Jiménez, Libertad ideológica, pág. 144. La doctrina no es uniforme en cuanto al contenido de la libertad ideológica. Un sector de la doctrina afirma que la libertad ideológica no es separable de la libertad religiosa: Polo Sabau, José Ramón: En torno a la naturaleza jurídica de la libertad ideológica y religiosa en la Constitución española, En Revista de Estudios Políticos (nueva época), Núm. 129, Madrid, julio-septiembre (2005), págs. 137-162, pág. 139. Mientras que Peralta, Libertad ideológica y libertad de expresión, pág. 253, afirma que la libertad ideológica como libertad de pensamiento se identifica esencialmente con el concepto de libertad de conciencia que exige, así mismo, el derecho a adquirir, a desarrollar y a expresar las propias convicciones en libertad

¹²⁹ STC 105/1990, de 6 de junio Fj 4

¹³⁰ Voto particular discrepante de la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, en la STC, de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009

vista de la libertad de expresión e ideológica. Tampoco puede afirmarse la afectación del orden público, en el sentido del peligro o la afectación de bienes jurídicos concretos, por lo que la sanción también sería contraria al derecho de reunión.

5.5 El lenguaje simbólico en el derecho venezolano

Ejercicio 5: Ruidos molestos

Funcionarios adscritos a la Guardia Nacional detuvieron a veinticinco (25) personas, que presuntamente formaban parte de “un grupo aproximadamente de 70 personas los cuales estaban obstaculizando la vía de circulación, y había colocado en la misma neumáticos encendidos, botellas contentivas de gasolina y gasoil, troncos, escombros, basura y otros objetos y gritaban diferentes consignas.”¹³¹

91

El Código Penal venezolano (art. 506) tipifica el delito de ruidos molestos, relativo al uso de gritos o vociferaciones, con abuso de campanas u otros instrumentos, o valiéndose de ejercicios o medios ruidosos, con la agravante, de haber sido cometido contra un funcionario público.¹³²

También es punible, según los artículos 223, 224, 225, entre otros, del Código Penal, la ofensa de obra a la reputación de un funcionario público. La Sala Constitucional ha señalado que la obra ofensiva se refiere a la vía de hecho o al accionar, al ataque gestual o mímico, que ridiculiza y ofende. Indicó la Sala que, en Venezuela se han ido criticando de palabra las actuaciones de los Asambleístas y funcionarios públicos, y mediante obras de humor (teatrales o televisivas), caracterizadas por desfiguraciones de los personajes, disfraces y otros medios de burla, se ha atentado contra el honor y la reputación de las personas. Por tal motivo, la Sala rechazó que la penalización de ofensas de las instituciones públicas mediante obra sea contraria a la libertad de expresión.

92

¹³¹ Sala N° 1 Corte de Apelaciones del Estado Zulia 05/04/2004 Causa N° 1Aa-1983-04

¹³² Espinoza/Rivas, La libertad de expresión en Venezuela, pág. 579 y sig.

Según la Sala, la penalización de la destrucción de los símbolos patrios no constituye una infracción de la libertad de expresión, señalando que sería inaceptable el argumento, según el cual la muerte de una persona por razones de ira, odio, repudio, crítica o descontento con una determinada acción o forma de gobierno tampoco sería punible.¹³³ La decisión fue ampliamente criticada en la doctrina venezolana.¹³⁴ Por lo que atañe al tema del lenguaje simbólico, las normas indicadas tipifican como delitos formas de expresión, tales como el cacerolazo; la caricatura o la destrucción de símbolos, los cuales forman parte del ejercicio de la libertad de expresión y, en algunos casos pueden formar parte del ejercicio de la libertad de reunión. En cuanto al bien jurídico protegido, la referencia a bienes jurídicos abstractos, tales como la tranquilidad pública se plantea como una desviación de la verdadera finalidad de protección de funcionarios e instituciones del Estado, contra quienes se dirigen tales formas de protesta.

93

En cuanto al principio de proporcionalidad, la valoración del lenguaje simbólico no resulta, en nuestro criterio, distinta de la valoración de una forma de expresión mediante un lenguaje expreso, pero si requiere de criterios especiales para la determinación de si el contenido de lo expresado, resulta o no merecedor de protección. Para ello son aplicables los principios desarrollados en torno al derecho a la libertad de expresión (*ver, por ejemplo, ciertos Elementos para la valoración de la libertad de expresión y de reunión en párr. 95 y sig*)

¹³³ SCON-TSJ 15/07/2003 Exp. N° 01-0415.

¹³⁴ Chavero, El reino de la intolerancia, pág. 144; Chavero, Intolerancia suprema, pág. 97 Arteaga, Aspectos penales de la sentencia 1.942, pág. 185

Esquema del ejercicio: Ruidos molestos

94

La detención de las personas durante una reunión constituye una afectación a la libertad de reunión. En la medida en que se imputaba la presunta comisión del delito de ruidos molestos (art. 506 CP), también se afecta el derecho a la libertad de expresión. La acción de gritar consignas durante una reunión forma parte del ámbito de protección de los derechos a la libertad de expresión y de reunión. El bien jurídico protegido se refiere por una parte a la tranquilidad pública y, en cuanto a la agravante de la norma, a la reputación de las instituciones públicas.

La afectación deriva de una norma legal expresa, a saber, el art. 506 CP.

La penalización de la conducta por parte del legislador resulta desproporcionada, en razón de que impide por completo el ejercicio de formas de expresión, que en algunos casos es propia del libre desenvolvimiento de los manifestantes. La protección de la tranquilidad pública no es de entidad suficiente para enervar la realización de una reunión, sino que es preciso un peligro concreto de cierta gravedad, con afectación para personas o cosas. Tampoco es suficiente justificación la reputación de las instituciones públicas, en razón de la preeminencia de la libertad de expresión, en asuntos de evidente interés público.

6 Elementos para la valoración de la libertad de expresión y de reunión

6.1 El interés público y la libertad de expresión en Alemania

La libertad de expresión puede prevalecer frente a la protección del honor y reputación, cuando el afectado ha dado lugar a la opinión, o cuando se emplea como medio de defensa frente a una agresión, pero también, cuando constituye una participación en un debate público sobre asuntos social o políticamente relevantes. Cuando la reputación de instituciones del Estado entra en conflicto con la libertad de expresión, debe reconocerse a ésta última una especial importancia, por cuanto tal derecho fundamental es precisamente, el resultado de la necesidad de protección especial de la crítica del poder y deriva de allí su valor.¹³⁵

96

¹³⁵ BVerfGE 93, 266/292 – Los Soldados son Asesinos; BVerfG · Beschluss vom 29. Juli 1998 · Az. 1 BvR 287/93, párr. 44; BVerfG · Beschluss vom 6. Juni 2007 · Az. 1 BvR 1423/07, párr. 36

La jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional de Alemania ha desarrollado una presunción en favor de la libertad de expresión, en asuntos que atañen al interés público.¹³⁶ Con tal presunción no se establece, en todo caso, una prevalencia absoluta de la libertad de expresión, sino que se requiere de una justificación especial y de elevadas condiciones para asumir una limitación de la libertad de expresión en estos asuntos.¹³⁷

97 Las disposiciones que establecen limitaciones a la libertad de expresión, deben ser interpretadas restrictivamente, a la luz del significado de ese derecho fundamental en el Estado liberal democrático.¹³⁸ Para esa interpretación es determinante sobre todo, la finalidad de la expresión de la opinión. En la medida en que el derecho fundamental no es empleado con el objeto de llevar a cabo una controversia privada, sino que constituye un aporte a la formación de la opinión pública, entonces los efectos de lo expresado sobre terceros sólo constituyen una consecuencia colateral inevitable, pero no es la verdadera finalidad de la expresión. La protección de los bienes jurídicos afectados puede y debe retroceder, en la medida en que no se trata de la persecución de fines egoístas en materia financiera o privada, sino que constituye un aporte a la controversia de ideas, en un asunto que afecta la esencia de la opinión pública, mediante la presunción en favor de la admisibilidad de la libre expresión del pensamiento. De lo contrario se afectaría el núcleo

¹³⁶ BVerfGE 7, 198/208 – Lüth; jurisprudencia reiterada, BVerfGE 82, 236/259 – Schubart; BVerfG Beschluss vom 26. Januar 2006 Az. 1 BvQ 3/06, párr. 18. Crítico de la presunción en favor de la libertad de expresión, Tröndle, Das BVerfG und sein Umfang mit dem "einfachen Recht", pág. 266

¹³⁷ Beschluss vom 24. Mai 2006 - 1 BvR 984/02, párr. 23

¹³⁸ BVerfGE 61, 1/10 - Wahlkampf/CSU : NPD Europas'

de la libertad de expresión, que es presupuesto de un proceso político libre y abierto.¹³⁹

En el caso de controversias en una campaña electoral, se trata de una situación en la que la lucha de opiniones se encuentra en su nivel de mayor intensidad. En tales controversias, la protección constitucional de los partidos políticos sirve para reforzar la presunción de la admisibilidad de la libre opinión, por lo que sólo en casos extremos podría limitarse la expresión de la opinión.¹⁴⁰

El Tribunal Federal Constitucional ha señalado que los organismos o determinadas instituciones, que asumen funciones de administración pública pueden ser protegidos también frente a los ataques verbales, que amenazan con socavar su aceptación social. Sin embargo, la protección penal no puede conllevar a que las instituciones estatales se blinden frente a las críticas de la opinión pública, aún cuando éstas sean hechas en forma agresiva.¹⁴¹

6.2 El interés público y la libertad de expresión en España

El Tribunal Constitucional ha reconocido a la libertad de expresión una posición preferente, en razón de su dimensión constitucional, cuando se ejercite en conexión con asuntos que sean de interés general y contribuyan a la formación de una opinión pública libre y plural.¹⁴²

¹³⁹ BVerfGE 61, 1/11 - Wahlkampf/'CSU : NPD Europas'

¹⁴⁰ BVerfGE 61, 1/11 - Wahlkampf/'CSU : NPD Europas'

¹⁴¹ BVerfGE 93, 266/291 – Los Soldados son Asesinos

¹⁴² STC 185/2002, de 14 de octubre Fj 3

Desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, la formulación de críticas hacia los representantes de una institución o titulares de un cargo público, por desabridas, acres o inquietantes que puedan resultar, no son más que reflejo de la participación política de los ciudadanos.¹⁴³ Las actuaciones y resoluciones judiciales pueden ser objeto de pública crítica por los ciudadanos y la libertad para hacerlo tiene, sin duda alguna, la firme garantía de lo dispuesto en el art. 20.1 a) CE.¹⁴⁴ Los funcionarios públicos tienen la carga de tolerar las críticas que se haga a su conducta sobre la actividad en ejercicio de cargos públicos.¹⁴⁵

El Rector de la Universidad debe responder ante sus electores, y ante la sociedad en general, por los detalles de su gestión en los asuntos que tiene encomendados. Las críticas que vayan dirigidas al Rector, afectan a una persona que tiene una obligación de soportarlas mayor que la de un ciudadano cualquiera.¹⁴⁶

La protección constitucional de la libertad de información depende de que ésta sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen; contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública.¹⁴⁷ Sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad, sin que baste a tales efectos la simple satisfacción de la curiosidad ajena.¹⁴⁸

¹⁴³ STC de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009 Fj 3; STC 65/2015, de 13 de abril Fj 4

¹⁴⁴ STC 65/2015, de 13 de abril Fj 4

¹⁴⁵ STC 101/2003, de 2 de junio Fj 3

¹⁴⁶ STC 101/2003, de 2 de junio Fj 5

¹⁴⁷ STC 10 de febrero de 2014, recurso de amparo núm. 2285-2011 Fj 6

¹⁴⁸ STC 10 de febrero de 2014, recurso de amparo núm. 2285-2011 Fj 6

En cuanto a la relevancia pública de la información, el Tribunal Constitucional ha subrayado que dado que la protección constitucional se ciñe a la transmisión de hechos ‘noticiables’ por su importancia o relevancia social para contribuir a la formación de la opinión pública, tales hechos deben versar sobre aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere, o a las características del hecho en que esa persona se haya visto involucrada.¹⁴⁹

No toda información que se refiere a una persona con notoriedad pública goza de esa especial protección, sino que para ello es exigible, junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afecten a la intimidad, por restringida que ésta sea.¹⁵⁰

Una vez descartado el interés público del reportaje, es irrelevante, la proyección pública del personaje o la circunstancia de que las imágenes se capten incluso en un lugar abierto al uso público. Dichas circunstancias, por sí solas, no justifican la difusión de cualquier imagen, pues no cabe privar incondicionalmente a la persona de la capacidad de decidir sobre qué aspectos de ella desea preservar de la difusión pública.¹⁵¹

La hipotética incidencia sobre el medio ambiente de una determinada actividad empresarial es, sin duda, cosa de interés general y de interés también, cualificadamente, para una asociación ecologista.¹⁵²

Un conjunto de fotografías que muestran el cuerpo de una actriz desde distintos ángulos y en diferentes posturas, comenzando por la fotografía de cuerpo entero de la de-

¹⁴⁹ STC 018/2015 Fj 5

¹⁵⁰ STC 176/2013, de 21 de octubre Fj 7

¹⁵¹ STC 018/2015 Fj 4

¹⁵² STC 65/2015, de 13 de abril Fj 4

mandante en top-less que la revista reproduce en portada, no tienen un interés público digno de protección constitucional.¹⁵³

Los comentarios vertidos en el programa “Crónicas Marcianas” sobre la relación sentimental de un Ministro del Gobierno no constituyen una materia de interés público.¹⁵⁴

Aspectos relevantes de la vida personal y privada de una joven agredida sexualmente, como lo son su propia identidad y la circunstancia de su virginidad, debieron mantenerse reservados, por tratarse de un hecho tan gravemente atentatorio para su dignidad personal.¹⁵⁵

6.3 El interés público y la libertad de expresión en el sistema interamericano

99 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha admitido que respecto a los funcionarios públicos existe un diferente umbral de protección. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y a la crítica del público. Este umbral no solo se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza.¹⁵⁶

100 Tal como lo ha precisado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el examen de proporcionalidad se debe tener en cuenta que las expresiones concernientes al ejercicio de funciones de las instituciones del Estado gozan de una mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático en la sociedad.¹⁵⁷

¹⁵³ STC 10 de febrero de 2014, recurso de amparo núm. 2285-2011 Fj 8

¹⁵⁴ STC 176/2013, de 21 de octubre Fj 7

¹⁵⁵ STC 185/2002, de 14 de octubre Fj 4

¹⁵⁶ Corte IDH Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina. Sentencia de 29 de noviembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 47

¹⁵⁷ Corte IDH Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela Sentencia de 20/11/2009, párr. 82

La Corte Interamericana ha señalado que, el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público.¹⁵⁸ Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público.¹⁵⁹

6.4 El interés público y la libertad de reunión

La discusión de asuntos de interés público no constituye un elemento determinante del ámbito de aplicación de la norma.¹⁶⁰ Se trata de un criterio ya superado, que había sido sostenido inicialmente,¹⁶¹ en razón del origen histórico y del desarrollo de la figura, el cual estuvo referido sobre todo a la controversia política.¹⁶² Sin embargo, la finalidad protectora del individuo, que caracteriza los derechos fundamentales, exige que también sean incluidos asuntos de orden privado, como objeto de una reunión protegida constitucionalmente.¹⁶³ Aún resulta controvertido si el concepto de reunión debe ser restringido, en el sentido que deba requerirse, por lo menos la existencia

¹⁵⁸ Corte IDH Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 127; Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 87

¹⁵⁹ Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 87. Véase también, con más referencias, Espinoza/Rivas, El sistema interamericano y el derecho comparado, pág. 81 y sig.

¹⁶⁰ Kunig, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 8, . 17; Höfling, Art. 8, párr. 13, en: Sachs (Coord.), Grundgesetz; Schoch, Übungen im Öffentlichen Recht I, pág. 198; Richter/Schuppert/Bumke, Casebook Verfassungsrecht, pág. 177; Hessischer VGH · Beschluss vom 7. Dezember 1993 · Az. 3 TG 2347/93, párr. 19

¹⁶¹ En ese sentido, BVerwG Urt. v. 31.01.1967, Az.: BVerwG I C 98.64, párr. 25

¹⁶² Pieroth/Schlink, Grundrechte, párr. 692

¹⁶³ Kunig, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 8, . 17

de intereses o asuntos privados; o si se admite un concepto amplio, que también proteja cualquier forma de desenvolvimiento de la personalidad en grupo.¹⁶⁴

Las reuniones, en las que se debate o se exponen asuntos privados del ámbito laboral de los participantes, gozan de la protección de la libertad de reunión.¹⁶⁵

En todo caso, podemos afirmar que la finalidad de participar en la formación de la opinión pública, en un tema de interés público constituye un factor que debe ser tomado en consideración en la valoración del derecho de reunión. Ello deriva de un tratamiento analógico al que recibe la libertad de expresión.

La analogía entre la libertad de expresión y la libertad de reunión fue puesta de relieve en la sentencia *Brokdorf*, en la cual se señala que la importancia que ha sido reconocida a la libertad de opinión, como parte indispensable y fundamental de los elementos funcionales de una comunidad democrática, también puede serle atribuida a la libertad de reunión, la cual se entiende como la libertad de expresar una opinión colectiva. Nada se opone a que para el caso especial de las demostraciones se recurra a la misma argumentación que caracteriza por regla general el ejercicio de la libertad de opinión.¹⁶⁶

En su primera sentencia sobre los bloqueos sentados, observó el Tribunal Constitucional Federal que, los recurrentes consideran sus actividades como una expresión de la opinión de forma colectiva, a través de conductas simbólicas, en forma de una protesta que pretende llamar la atención frente a la carrera armamentista atómica, que pone en peligro la vida, en ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de reu-

¹⁶⁴ Hessischer VGH • Beschluss vom 7. Dezember 1993 • Az. 3 TG 2347/93, párr. 19

¹⁶⁵ Hessischer VGH • Beschluss vom 7. Dezember 1993 • Az. 3 TG 2347/93, párr. 19

¹⁶⁶ BVerfGE 69, 315/343 - Brokdorf

nión.¹⁶⁷ En la valoración de los bloqueos sentados, desde el punto de vista de la desobediencia civil, el tribunal tomó en consideración el criterio de la doctrina, que admitiría la posibilidad de justificar tales acciones, en casos de situaciones de esencial importancia para la colectividad, especialmente la necesidad de repeler peligros graves para la sociedad.¹⁶⁸

En criterio de cuatro de los jueces del Tribunal Federal Constitucional, las acciones de bloqueos sentados no pueden ser consideradas reprochables, siempre que no se sumen circunstancias agravantes, tales como, el impedimento del paso a ambulancias, imposibilidad de escape de terceros u otras afectaciones especialmente intensivas. La posición de los jueces disidentes tomó en consideración que los manifestantes no actuaban con un interés egoísta, que no se había producido violencia y que las acciones tenían como contenido asuntos de esencial interés general y no simples intereses de grupos o financieros, que las acciones fueron anunciadas públicamente y que los manifestantes pretendían fijar una posición en el proceso de formación de la opinión pública, a través de actos simbólicos.¹⁶⁹

A pesar de lo expuesto, debemos advertir que el Tribunal Federal Constitucional consideró que no sería admisible, que tales acciones de desobediencia civil puedan justificar la afectación de derechos de terceros, como ocurre con las interrupciones al tránsito, bajo la lesión del derecho de autodeterminación de los demás.¹⁷⁰ En efecto, la comparación entre el tratamiento que recibe el derecho a la libertad de expresión y el derecho de reunión debe tomar en consideración, los elementos que derivan de la diferente estructura de la relación jurídica.¹⁷¹

La tesis que aquí sostenemos ha sido empleada por el Tribunal Constitucional, al cuestionar la aplicación de los tipos penales en aquellos supuestos en los que, pese a que puedan apreciarse excesos en el ejercicio del derecho fundamental, éstos no alcanzan a desnaturalizarlo o desfigurarlo.

¹⁶⁷ BVerfGE 73, 206/248 – Bloqueos sentados I

¹⁶⁸ BVerfGE 73, 206/250 – Bloqueos sentados I

¹⁶⁹ BVerfGE 73, 206/259 – Bloqueos sentados I

¹⁷⁰ BVerfGE 73, 206/252 – Bloqueos sentados I

¹⁷¹ Con respecto a las relaciones jurídicas triangulares o multipolares, Espinoza, Principios de Derecho Constitucional, pág. 19; Preu, Subjektivrechtliche Grundlagen des Öffentlichrechtlichen Drittschutzes, pág. 33

También es interesante, a los efectos de determinar la adecuada valoración del ejercicio de la libertad de reunión en el Estado democrático, la sentencia de la Sección 1^a de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el caso *Aturem el Parlament*, según la cual es posible admitir cierto exceso en el ejercicio de las libertades de expresión o manifestación si se quiere dotar de un mínimo de eficacia a la protesta y a la crítica, como mecanismos de imprescindible contrapeso en una democracia. Tal valoración sería especialmente aplicable cuando los cauces de expresión y de acceso al espacio público se encuentran controlados por medios de comunicación privados, cuando sectores de la sociedad tienen una gran dificultad para hacerse oír o para intervenir en el debate político y social.¹⁷²

Señaló la Audiencia Nacional que, aún cuando la Constitución no reconoce el mandato imperativo y prohíbe la presentación de peticiones colectivas por medio de manifestaciones (art. 67.2 y 77.1), en alguna medida, la protesta se dirigía al corazón del concepto y del modo de ejercicio de la democracia en nuestros sistemas, porque meses antes se habían celebrado elecciones en las que, al decir de quienes convocaban la manifestación, los partidos de gobierno, que habían conseguido la mayoría, no habían planteado ni propuesto en sus programas el recorte del gasto social que ahora iban a acometer. La protesta que ejercían moldeaba algo parecido a lo que se ha conocido como acción de revocatoria de mandatos, una forma de interven-

¹⁷² SAN 31/2014 de 7 de julio, Fj 2.1

ción democrática directa para el control de la representación.¹⁷³ El criterio expuesto no fue compartido sin embargo por el Tribunal Supremo.

7 La estructura de la relación jurídica

7.1 Aspectos generales

Ejercicio 6: La Cumbre del G-8, en Heiligendamm

102

Los recurrentes notificaron la realización de una manifestación de protesta, desde varios puntos hacia un lugar en el que se realizaría una declaración final, en el lugar de celebración de la Cumbre del G-8, en Heiligendamm. El órgano competente dictó una resolución general, mediante la cual se prohibía toda reunión y manifestación pública en el área descrita en el mapa anexo, alrededor de Heiligendamm. Las zonas de prohibición comprendían varios kilómetros de distancia del lugar del evento.¹⁷⁴ [ver esquema en párr. 111]

103

En el curso del presente estudio desarrollaremos mecanismos para resolver conflictos normativos, derivados del ejercicio del derecho de reunión. El punto de partida de nuestro análisis se encuentra referido a la identificación de la relación jurídica. Debemos determinar (1) si la conducta del individuo que es objeto de una reacción del Estado se encuentra dentro del ámbito de protección del derecho de reunión; (2) si la intervención del Estado constituye una limitación al derecho fundamental; (3) si la limitación del derecho fundamental tiene por objeto brindar protección a un bien jurídico protegido por la Constitución. Este último nivel del análisis ofrece una particular complejidad.

En la mayoría de los casos, el ejercicio del derecho de reunión en lugares públicos exige un sacrificio de terceros, esto es, de sujetos no responsables o participantes en el conflicto. El titular del derecho de reunión entra en

¹⁷³ SAN 31/2014 de 7 de julio, Fj 2.1

¹⁷⁴ BVerfG · Beschluss vom 6. Juni 2007 · Az. 1 BvR 1423/07

conflicto con otros sujetos interesados en el uso del espacio público, como ocurre por ejemplo, en el caso de los terceros interesados en utilizar la vía pública, para el ejercicio del libre tránsito. Pero el conflicto planteado entre el derecho de reunión y el derecho de circulación es en realidad un aspecto fáctico y colateral, que no debe ser confundido con la verdadera estructura del derecho de reunión.

104 En los conflictos que derivan del ejercicio del derecho a la libertad de expresión encontramos una estructura, conformada por el sujeto que participa en el proceso de formación de la opinión pública, bien a través de la difusión de opiniones o informaciones. El ejercicio del derecho puede ser impedido o dificultado por un acto del Poder Público. Con respecto al bien jurídico protegido por el acto de intervención, en el caso del derecho a la libertad de expresión, el Estado interviene, con frecuencia, con el fin de brindar protección a un tercero, generalmente en sus derechos de personalidad, esto es, el derecho al honor, reputación, propia imagen, confidencialidad, etc.

105 Una variante al esquema anterior, se produce cuando la libertad de expresión se ejerce para exponer frente a la opinión pública una opinión o una información que se encuentra referida, en forma crítica, a una institución del Estado, a un funcionario público o a un particular, en un ámbito de interés público. En ambos casos, el ejercicio de la libertad de expresión exige una ponderación entre los intereses de quien se expresa y quien resulta afectado por el contenido expresado. Este esquema permite tomar en consideración el valor de lo expresado con respecto a la formación de la opinión pública y con respecto al sujeto o institución afectados.

La diferencia del esquema que se plantea en torno al derecho de reunión, se refiere al bien jurídico protegido por el acto de intervención. El Estado interviene, con frecuencia, con el fin de brindar protección a un bien jurídico de interés general, enmarcado en los conceptos de seguridad y orden públicos. En este caso, el valor de lo expresado con respecto a la formación de la opinión pública y con respecto al sujeto o institución afectados, pareciera no ser relevante a los efectos de justificar una alteración al orden público. Es decir, que mientras que la libertad de expresión puede justificar opiniones subidas de tono, la libertad de reunión por su parte, parece encontrar un marco invariable. 106

La situación planteada resulta especialmente gráfica en el ámbito del derecho privado, en un conflicto entre trabajadores y empleadores. En este caso, la relación jurídica se plantea entre el derecho a la vida privada del empleador y el derecho de reunión de los trabajadores. La falta de importancia del tema debatido para el interés público permite la prevalencia de los intereses del empleador. 107

En el ámbito del derecho de la función pública, en el cual debe producirse una ponderación entre el derecho de reunión y los intereses de la institución del Estado es determinante, si el tema debatido constituye o no un asunto de interés para la formación de la opinión pública. 108

La doctrina desarrollada a partir de la libertad de expresión también ha sido aplicada, en el caso en que la afectación del orden público por la manifestación, está referida a un bien jurídico individual, como lo es el derecho al honor, frente a excesos e insultos, que ya no cuentan con la protección de la libertad de expresión. 109

Estimamos que, siempre que se encuentre en juego un asunto de interés general, especialmente en los casos de protestas sociales y políticas, con una postura crítica frente al ejercicio del Poder Público, tales elementos deben 110

ser tomados en consideración, en la valoración del derecho de reunión, en términos similares al tratamiento que se ofrece a la libertad de expresión, en cuyo caso se ha admitido una presunción en su favor en el conflicto con otros bienes jurídicos.¹⁷⁵

111 Esquema del ejercicio: La Cumbre del G-8, en Heiligendamm

La limitación del derecho de reunión sólo puede encontrarse justificada por la necesidad de brindar protección a importantes bienes jurídicos. En criterio del tribunal superior administrativo de Greifswald, las relaciones internacionales, cuya competencia corresponde al poder federal, constituye uno de esos bienes jurídicos protegidos.¹⁷⁶ Entre los aspectos relevantes de la política internacional se encuentra, según el tribunal superior, la seguridad personal de los Jefes de Estado visitantes. Para justificar una limitación sobre el tiempo y lugar de la reunión no sería necesario establecer un peligro concreto a la integridad física de los invitados y sus delegaciones, sino que tales peligros debían ser repelidos en un nivel anterior al peligro concreto.¹⁷⁷

Las observaciones del Tribunal Federal Constitucional se ubican en el nivel de la valoración de los bienes jurídicos en conflicto. Estimó el tribunal que, el temor de que las relaciones internacionales resulten afectadas por la posibilidad de que los mandatarios extranjeros conciban las manifestaciones y declaraciones públicas, como un acto no amistoso, no sería un bien jurídico de suficiente importancia. La sensibilidad de políticos extranjeros no podría justificar la limitación de la libertad de reunión, si con ello se afecta el proceso de formación de la opinión pública. *Los derechos a la libertad de expresión y de reunión son el resultado de la necesidad de protección especial de la crítica del poder y derivan de allí su importancia.*¹⁷⁸

7.2 Bienes jurídicos protegidos en el derecho español

112 Ejercicio 7: Federación de Banca, Ahorro, Seguros y Oficinas

La Federación de Banca, Ahorro, Seguros y Oficinas de la Unión General de Trabajadores (FEBASO-UGT), puso en conocimiento de la autoridad gubernativa el propósito de celebrar una concentración de dos horas y media de duración en la Plaza de Canalejas-metro Sevilla, a las trece horas del día 5 de junio de 1992, al objeto de apoyar la negociación del Convenio de la Banca Privada.

La Delegación del Gobierno en Madrid acordó prohibir la concentración convocada, debido a que el lugar elegido por los convocantes -la Plaza de Canalejas- "constituye una zona de elevadísima intensidad media en la circulación de vehículos, debido a la realización de obras y, por consiguiente, cortes de tráfico en la c/Carrera de San Jerónimo y zonas adyacentes. La realización de una concentración en el itinerario fijado por los convocantes (Plaza de Canalejas) provocaría un total colapso de tráfico, que afectaría no sólo a la Plaza de Canalejas sino también a la Puerta del Sol, Calle de Alcalá, Gran Vía y Plaza de la Cibeles, las cuales constituyen principales ejes circulatorios esenciales lo que motiva una importante aglomeración de me-

¹⁷⁵ BVerfGE 7, 198/208 – Lüth; jurisprudencia reiterada, BVerfGE 82, 236/259 – Schubart; BVerfG Beschluss vom 26. Januar 2006 Az. 1 BvQ 3/06, párr. 18

¹⁷⁶ OVG Greifswald · Beschluss vom 31. Mai 2007 · Az. 3 M 53/07, párr. 50

¹⁷⁷ OVG Greifswald · Beschluss vom 31. Mai 2007 · Az. 3 M 53/07, párr. 52

¹⁷⁸ BVerfG · Beschluss vom 6. Juni 2007 · Az. 1 BvR 1423/07, párr. 36

dios de transporte, tanto públicos como privados".¹⁷⁹ [ver esquema en párr. 119]

En materia de cuáles bienes jurídicos pueden servir de justificación legítima a la limitación del derecho de reunión, la jurisprudencia inicial del Tribunal Constitucional hacía referencia exclusivamente al límite específico establecido en el propio Texto constitucional en su art. 21.2, el cual se refiere a las alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes.¹⁸⁰ Esta concepción pudo haber dado lugar a ciertas contradicciones, al momento de justificar la prohibición de una reunión, sobre la base del colapso de tráfico o de peligros a la seguridad [ver el ejercicio base].

113

Para que los poderes públicos puedan incidir en el derecho de reunión constitucionalmente garantizado, ya sea restringiéndolo, modificando las circunstancias de su ejercicio, o prohibiéndolo incluso, es preciso, lo que implica una exigencia de motivación de la resolución correspondiente, en la que se aporten las razones que han llevado a la autoridad gubernativa a concluir que el ejercicio del derecho fundamental de reunión, tal y como se hubo proyectado por su promotor o sus promotores, producirá una alteración del orden público proscrita en el art. 21.2 CE, o bien la desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por la Constitución.¹⁸¹

114

La cláusula del orden público tuvo en otro tiempo la función de salvaguardar los intereses políticos de las clases en el poder. Para los regímenes dictatoriales, la libertad de reunión escondía una primera carga explosiva para derribar el statu quo político imperante. Esta característica de la libertad de reunión daba lugar a una atención cuidadosa por parte de los poderes públicos temerosos de que el ejercicio de la libertad de reunión y sus consecuentes efectos sociales atentara a su situación hegemónica dentro de las estructuras del poder. La cláusula de orden público, tiene hoy por finalidad en las Constituciones democráticas compaginar los derechos individuales con los derechos de los demás y el respeto a los valores jurídicos democráticos.¹⁸²

115

116

¹⁷⁹ STC 66/1995, de 8 de mayo

¹⁸⁰ STC 66/1995, de 8 de mayo Fj 3

¹⁸¹ STC 38/2009, de 9 de febrero Fj 2; STC 170/2008, de 15 de diciembre Fj 3

¹⁸² Soriano, Artículo 21: Derecho de reunión, pág. 577

En sentencias más recientes también se aluden a los límites que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado de ese derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales. Para ello, el tribunal constitucional hace referencia al Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), el cual en su art. 11.2, prevé la posibilidad de adoptar las medidas restrictivas que previstas en la Ley, sean necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. Interpretando este precepto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró proporcionada la orden gubernativa de evacuación de una iglesia ante una reunión pacífica y en sí misma no directamente perturbadora del orden público y del derecho de culto, en la que, sin embargo, el estado de salud de los congregados se había degradado y las circunstancias sanitarias eran muy deficientes.¹⁸³

117 En lo concerniente a los límites del derecho de reunión hemos de reiterar lo que este Tribunal tiene declarado con carácter general sobre el alcance de los derechos fundamentales, cuyo ejercicio no sólo puede ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, sino también ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma, al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales (art. 10.1 CE).¹⁸⁴

118 Tales límites han de ser necesarios para conseguir el fin perseguido debiendo atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se impone y, en todo caso, respetar su contenido esencial.¹⁸⁵

¹⁸³ STC 38/2009, de 9 de febrero Fj 2; STC 170/2008, de 15 de diciembre Fj 3

¹⁸⁴ STC 195/2003, Fj 4

¹⁸⁵ STC 193/2011, de 12 de diciembre FJ. 3

Esquema del ejercicio: Federación de Banca, Ahorro, Seguros y Oficinas

119

Mientras que la Delegación del Gobierno en Madrid consideró que el bien jurídico protegido que sirve como justificación de la prohibición de la reunión se refiere a la perturbación del tráfico y el orden público ciudadano; por su parte el Tribunal Constitucional partía de la concepción, que la mera perturbación del tráfico no puede ser motivo de suspensión de una concentración y tampoco puede serlo la simple alteración del orden público. Sin embargo se trataría justamente a una alteración del orden público, que entraña peligro para personas o bienes.

El Tribunal Constitución estimó demostrado que la medida era idónea para evitar el "total colapso de tráfico" que derivaría necesariamente de la "elevadísima intensidad media en la circulación de vehículos" que posee esta zona de la ciudad y en la "realización de obras en zonas adyacentes". Además, resultaba eficaz para garantizar los servicios públicos esenciales (policía, bomberos, ambulancias...) relacionándolo con la seguridad vial y la seguridad pública.

En cuanto a la proporcionalidad, observó el tribunal, que ni la seguridad vial ni la seguridad pública son, sin más, sinónimo de orden público sin peligro para personas y bienes; sin embargo, el colapso sería "total", con bloqueo prolongado de vehículos e imposibilidad de acceso a una amplia zona de la ciudad. Por otra parte, habrían sido demostrados los efectos sobre los servicios esenciales afectados y cómo todo ello puede producir alteraciones del orden público con peligro para personas o bienes.¹⁸⁶

Por su parte en el voto particular, suscrito por el Magistrado don Julio Diego González Campos, se afirma que el eventual peligro se circunscribe, en realidad, a la imposibilidad de que puedan seguir prestándose con eficacia los servicios de ambulancia, policía y bomberos, con posible riesgo para la integridad de personas y bienes. Tal situación de peligro [abstracto] implica una discutible ampliación del límite establecido en el art. 21.2 C.E. Por tal motivo, la limitación no se encuentra justificada por la protección de bienes jurídicos de suficiente importancia, por lo que resultaría desproporcionada.

Debemos observar que, en sentencias más recientes, el Tribunal Constitucional ha admitido que otros bienes jurídicos pueden servir de justificación a la limitación del derecho de reunión. Sin embargo, consideramos que, cuando se trate de peligros para el orden público, tal criterio no debe dar lugar a la ampliación del supuesto del art. 21.2 C.E, el cual exige un peligro concreto. Un simple peligro abstracto, como el funcionamiento de los servicios de policía, bomberos, ambulancias, hubiera podido justificar una condición de tiempo, modo o lugar de la reunión, pero no una prohibición de la misma.

8 Ámbito de protección del derecho de reunión

Los tribunales constitucionales de Alemania y España coinciden en hacer uso de un concepto restringido de reunión, cuyo ámbito se encuentra definido por determinados elementos configuradores. 120

En sentido amplio, se entiende por reunión la congregación intencional y temporal de personas en un espacio privado o público con un propósito concreto. Por lo tanto, el concepto abarca manifestaciones, asambleas en el interior de locales, huelgas, procesiones, concentraciones, e incluso sentadas. 121

¹⁸⁶ STC 66/1995, de 8 de mayo Fj 4

¹⁸⁷ Pero la función de complementariedad con respecto a la formación de la opinión pública y como mecanismo de participación política permite la interpretación del concepto de reunión, no sólo sociológica, como la simple agrupación de personas, sino como una agrupación que tiene por finalidad la formación de la opinión pública.¹⁸⁸

8.1 **Ámbito de protección en España**

El Tribunal Constitucional alude al elemento subjetivo -una agrupación de personas-, el temporal -su duración transitoria-, el finalístico -licitud de la finalidad- y el real u objetivo -lugar de celebración.¹⁸⁹ En cuanto al elemento subjetivo, la agrupación de personas en el derecho de reunión es una concurrencia concertada en la cual existe un cierto grado de vinculación subjetiva de cada persona interviniente en la reunión con los restantes que participan en la misma. El elemento finalístico se refiere a la finalidad de comunicación pública, en su consideración de elemento interno, común y consustancial a toda clase de reuniones en lugares públicos.¹⁹⁰ La doctrina considera exigible un *mínimum* de organización; un carácter transitorio y momentáneo (nota que la distingue de la asociación), y una finalidad común, siendo el espectro de la finalidad muy amplio, pues la reunión puede procurar la defensa de intereses de todo tipo.¹⁹¹ Resulta controvertido si debe tratarse de

¹⁸⁷ Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, de 21 de mayo de 2012, párr. 24

¹⁸⁸ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, pág. 160

¹⁸⁹ STC 85/1988, de 28 de abril Fj 2; STC 42/2000, de 14 de febrero Fj 2; STC 38/2009, de 9 de febrero Fj 2; STC 170/2008, de 15 de diciembre Fj 3. Vidal, El derecho de reunión y manifestación, pág. 275; García-Escudero, Régimen jurídico del derecho de reunión pág. 198

¹⁹⁰ STC 85/1988, de 28 de abril Fj 2

¹⁹¹ Soriano, Artículo 21: Derecho de reunión, pág. 578

más de dos personas. En España la Ley 9/1983 entiende por reunión la concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas, con finalidad determinada (artículo 1).

El Tribunal Constitucional ha excluido del ámbito del derecho de reunión un proyecto de instalación de mesas petitorias en diversas localidades al objeto de llevar a cabo una cuestación, la cual sólo constituía "una mera aglomeración o confluencia causal en torno a una mesa petitoria".¹⁹² Más recientemente, ha sido admitida la protección constitucional del derecho de reunión, en el caso de una concentración, en la cual se pretendía la instalación temporal de mesas -para la recepción de adhesiones escritas- y la de una "hucha humanitaria".¹⁹³

8.2 Ámbito de protección en Alemania

El Tribunal Federal Constitucional de Alemania ha definido el derecho de reunión, como la libertad de reunirse en un lugar, con otras personas, con el objeto de realizar un debate o una declaración común dirigida a participar en la formación de la opinión pública.¹⁹⁴

Desde el punto de vista cuantitativo, la doctrina alemana estima suficiente la reunión de dos personas en determinado lugar, con lo cual se rechaza la posibilidad de limitaciones adicionales, tales como la aplicación de normas en materia de asociaciones, las cuales establecen un mínimo de tres o siete per-

¹⁹² STC 85/1988, de 28 de abril FJ. 2

¹⁹³ STC 195/2003, de 27 de octubre Fj 5

¹⁹⁴ BVerfGE 111, 147/154 - Prohibición de la reunión por el contenido expresado

sonas.¹⁹⁵ En todo caso, no tendría protección constitucional del derecho de reunión, la manifestación de una sola persona.¹⁹⁶ La expresión de una opinión, en forma de manifestación, por parte de una sola persona estaría garantizada por el derecho a la libre expresión y no por la libertad de reunión, el cual supondría la reunión de, por los menos, dos personas.¹⁹⁷ Desde el punto de vista cualitativo, se requiere una finalidad común, esto es, una cierta vinculación interna de las personas, que persiguen un objetivo colectivo. Con ello, quedarían excluidas las simples acumulaciones de personas.¹⁹⁸

8.2.1 La finalidad de comunicación pública

122 La Constitución protege las reuniones y manifestaciones como expresión del desarrollo social comunicativo. Esa protección no se limita a las manifestaciones, en las que se argumenta y discute, sino que abarca diversas formas de comportamientos conjuntos, incluyendo formas no verbales de expresión. También pertenecen a esta categoría aquellas, cuyo objetivo es difundir una opinión como un anuncio público o un llamado de atención al público.¹⁹⁹

123 El Tribunal Federal Constitucional ha advertido que, para que sea aplicable el derecho de reunión, no es suficiente que los participantes se encuentren vinculados por una finalidad eventual, sino que se requiere que se encuentre

¹⁹⁵ Papier/Krönke, Grundkurs Öffentliches Recht 2, pág. 151; Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, pág. 253

¹⁹⁶ Kunig, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 8, . 13

¹⁹⁷ Knisel, Die Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit- Verfassungsrechtliche Grundlagen und versammlungsgesetzliche Konkretisierung, pág. 858; Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 8, 12

¹⁹⁸ Papier/Krönke, Grundkurs Öffentliches Recht 2, pág. 151

¹⁹⁹ BVerfGE 69, 315/342 - Brokdorf

dirigida a participar en la formación de la opinión pública.²⁰⁰ El tribunal ha justificado esta interpretación estricta, en base a la importancia de la libertad de reunión la democracia, especialmente en aquellas con un sistema parlamentario representativo y pocos derechos de participación plebiscitaria, en las cuales la libertad de reunión tiene el significado de un elemento funcional, indispensable y fundamental.²⁰¹ No sólo se requiere el elemento objetivo de expresión o de formación de opiniones, sino además, el elemento subjetivo intencional de realizar tal finalidad.²⁰²

Este presupuesto de la libertad de reunión resulta controvertido en la doctrina. Una posición crítica es asumida por *Höfling*, en el sentido que tal criterio reduce de forma inadmisiblemente el ámbito protegido por el derecho de reunión, a una determinada forma de comunicación. Esta concepción deriva del papel del derecho de reunión, en una función complementaria de la libertad de expresión, pero dejaría de lado el hecho que, la reunión cumple la mismo tiempo, la función de comunicador, recipiente y medio.²⁰³ También en este sentido, afirman *Pieroth/Schlink*, que tal restricción del ámbito de protección no resulta necesaria, en razón de que las reuniones dirigidas a expresar opiniones y a la formación de la opinión pública se encuentra protegida en forma especial por el concurso entre los derechos de libertad de expresión y de reunión.²⁰⁴

²⁰⁰ BVerfGE 104, 92/104 - Bloqueos sentados III; VGH B-W12/07/2010 Exp. 1 S 349/10. También en este sentido, Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, párr. 405; Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, pág. 253

²⁰¹ BVerfG · Beschluss vom 12. Juli 2001 · Az. 1 BvQ 28/01, párr. 21

²⁰² Kunig, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 8,

²⁰³ Höfling, Art. 8, párr. 11, en: Sachs (Coord.), Grundgesetz

²⁰⁴ Pieroth/Schlink, Grundrechte, párr. 693

8.2.2 Los eventos mixtos

Ejercicio 8: “Fuckparade 2001 - 5 años de Hateparade”

El demandante anunció la realización del evento “Fuckparade 2001 - 5 años de Hateparade” como una “contramanifestación de la Love Parade” de Berlín. En la notificación se habían indicado como temas para el evento, “No a la censura del comercio”, “Love Parade fuera de los parques”, “Vivir en lugar de la locura de la ciudad capital” y “Ninguna fiesta es ilegal”. En los volantes se expresa, entre otras cosas que la marcha sobre todo se dirigía en contra del trato discriminatorio en contra de los seguidores de determinados estilos de música tecno, en contra del cierre de Clubs y la disolución de Partys, así como en contra del “Love Parade”, el cual habría sido comercializado como una “Pseudo-Manifestación”²⁰⁵

125

El ámbito de protección de la libertad de reunión también se extiende a eventos, cuya finalidad comunicativa se realice a través de la música y el baile. Tal es el caso, cuando tales medios de desenvolvimiento comunicativo es aplicado con la finalidad de producir efectos sobre la formación de la opinión pública.

126

Las actividades culturales, tales como eventos musicales, obras de teatro o lecturas de poesía también pueden encontrarse protegidos por la libertad de reunión, por tratarse de eventos mixtos. Si los participantes de tales eventos desean expresar su respaldo, a través de su presencia, por ejemplo en favor de los derechos humanos, a los cuales el autor se hubiera referido, o en el caso de “Rock contra la derecha”, en los que se expresa una posición de rechazo al extremismo de derecha, se trata de una expresión de la opinión, con el objeto de participar en la formación de la opinión pública.²⁰⁶ La determinación de si un evento mixto constituye una reunión, debe ser realizada en base a todos los elementos fácticos relevantes. La especial importancia que la Constitución atribuye a la libertad de reunión exige que sean tomados en consideración todos los elementos esenciales sean objeto de análisis y valo-

²⁰⁵ Tribunal Federal Administrativo, Sentencia del 16.05.2007, Exp.: BVerwG 6 C 23.06

²⁰⁶ BVerwG, Urt. v. 16.05.2007 - 6 C 23.06 – párr. 17; VGH B-W12/07/2010 Exp. I S 349/10

rados, de acuerdo con su significado. El análisis de conjunto debe ser realizado en varios pasos:

En primer término deben ser evaluados todos aquellos mecanismos del evento, que tuvieran por finalidad participar en la formación de la opinión pública. Para ello, deben dejarse de lado aquellos aspectos y los elementos que sirven para hacerlos efectivos, en los cuales pueda reconocerse que no sirven seriamente a la formación de la opinión, que sólo son utilizados para hacer valer la protección del derecho a la libertad de reunión. En la exclusión de los elementos que en sí mismo están dirigidos a la formación de la opinión, bajo el criterio de la falta de seriedad de la intención, debe aplicarse un parámetro estricto y cierta moderación, en virtud de la importancia especial de la libertad de reunión. En el análisis deben incorporarse sólo aquellos elementos que, desde el punto de vista de un observador objetivo, se encuentran dirigidos a participar en la formación de la opinión. Un observador objetivo se refiere en primer término, a un tercero que se encuentre en el lugar, al momento del evento. Luego de determinar los elementos a tomar en consideración, los mismos deben ser valorados de acuerdo con su importancia y ponderados con respecto al conjunto.²⁰⁷ 127

En un segundo paso de la observación de conjunto, deben ser analizadas y valoradas en su totalidad, las modalidades del evento, tales como el baile, la música y el espectáculo. 128

Finalmente en un tercer paso, deben ser confrontados los valores establecidos en las primeras dos etapas, por una parte los elementos referidos a la 129

²⁰⁷ BVerwG, Urt. v. 16.05.2007 - 6 C 23.06 – párr. 17; VGH B-W12/07/2010 Exp. I S 349/10

participación en la formación de la opinión pública y los restantes elementos, por otra parte, y someterlos a la comparación, desde el punto de vista de un observador promedio. Si tiene importancia predominante el peso de los elementos indicados inicialmente, el evento constituye una reunión, desde el punto de vista de conjunto. En caso contrario, el evento no goza de la protección del derecho de reunión. Si no puede determinarse sin lugar a dudas, si predomina uno u otro ámbito, entonces el evento debe ser tratado como una reunión.²⁰⁸

8.2.3 El carácter de reunión pública

130 Ejercicio 9: Concierto de bandas de Skinhead

En horas de la noche del 21/01/2006 tuvo lugar en un sótano de una fábrica un concierto de Skinhead, con las bandas Breakdown, Tobsucht und Blue Max, que pertenecen al sector de extrema derecha. Como precio de entrada se cobró 7 euros. El concierto no fue anunciado públicamente, sino participado a un selecto grupo de interesados vía teléfonos móviles y por e-mail. También disponían de la posibilidad de solicitar información sobre el concierto a través de una línea de telemercadeo. El salón destinado a la actividad tenía un tamaño de 80 m² y había sido alquilado por el organizador y preparado para el concierto.²⁰⁹ [ver esquema en párr. 132]

131

El carácter de reunión pública se determina de acuerdo con la cuestión de si la reunión comprende un círculo de personas cerrado o si no se encuentra limitado a determinados individuos. Presupuesto esencial es por ello, que cualquiera que tenga conocimiento de una agrupación de personas, tenga la posibilidad de participar en la misma.²¹⁰

132 Esquema del ejercicio: Concierto de bandas de Skinhead

1) Hemos visto que, la determinación de si un evento mixto constituye una reunión, debe ser realizada, en primer término, a partir de los elementos del evento, que permiten afirmar que el mismo tiene por finalidad participar en la formación de la opinión pública, siempre que tales elementos prevalezcan frente a otros de distinta naturaleza, tales como el baile, la música y el espectáculo.

²⁰⁸ BVerwG, Urt. v. 16.05.2007 - 6 C 23.06 – párr. 18; VGH B-W12/07/2010 Exp. 1 S 349/10

²⁰⁹ VGH B-W12/07/2010 Exp. 1 S 349/10

²¹⁰ VGH B-W12/07/2010 Exp. 1 S 349/10 párr. 45

Los conciertos de Skinhead, tales como los planteados en el presente caso, se caracterizan por la difusión de un mensaje político a través de la música. Por una parte el texto de las bandas de extrema derecha expresan la concepción y sentimientos propios del ambiente Skinhead. Por otra parte, esa música es el medio de propaganda más importante, a través del cual se movilizan contenidos de extrema derecha en el medio del Skinhead. Los conciertos también tienen por finalidad el reclutamiento de nuevos seguidores y su reforzamiento ideológico. Dado que no puede establecerse la prevalencia de elementos de recreación, el concierto debe ser considerado, en caso de duda, como una reunión.

2) En cuanto al carácter público, el grupo de participantes no se encuentra preestablecido ni limitado de acuerdo con determinados criterios. Dado que no tenía carácter excluyente de los destinatarios de la invitación, se trata de un evento de carácter público.

8.2.4 La elección del lugar y tiempo de la reunión

El derecho de reunión garantiza a los titulares del derecho fundamental, el 133
derecho a la autodeterminación del lugar, hora, contenido y forma de la reunión, y prohíbe al mismo tiempo la coerción estatal de participar o no en una manifestación. En ese sentido adquiere el derecho fundamental en un Estado liberal un rango especial; el derecho a reunirse con otros, sin obstáculos y sin necesidad de permisos especiales es expresión de la libertad, independencia y autodeterminación del ciudadano responsable de sí mismo.²¹¹
Los ciudadanos deben poder determinar por sí mismos, el lugar en que sus asuntos pueden generar mayor atención de la opinión pública.²¹²

La libertad de reunión no da lugar a un derecho a ingresar en lugares cerrados. 134
Especialmente no garantiza el derecho de ingresar en lugares que no se de libre acceso al público, o a los cuales sólo se permite el acceso para determinados fines. El derecho de reunión no protege la realización de reuniones públicas en edificios de la Administración Pública o en lugares no abier-

²¹¹ BVerfGE 69, 315/342 – Brokdorf; BVerfGE 128, 226/251 – Fraport

²¹² BVerfGE 128, 226/251 – Fraport

tos al público, así como tampoco las reuniones en una piscina pública o en un hospital.²¹³

135 Por el contrario, la libertad de reunión garantiza la realización de reuniones en lugares abiertos al tránsito del público en general.²¹⁴ Lo anterior es aplicable en primer término a las vías públicas. Este es el foro natural e históricamente característico, en el cual los ciudadanos traen sus asuntos a la luz pública y encuentran una forma de comunicación. Sobre todo las vías de las ciudades y las plazas son vistos hoy día como lugares de intercambio de informaciones y opiniones, así como el lugar de contacto interpersonal. En especial medida es aplicable a los bulevares y espacios cerrados al tránsito de vehículos; tales estructuras persiguen especialmente hacer posible el tráfico comunicativo.²¹⁵

136 Lo mismo es aplicable fuera de las vías públicas, en las cuales se encuentra abierto el tránsito público y se generan lugares de comunicación. En la medida en que en la actualidad la función comunicativa de las vías públicas, caminos y plazas, es complementada por otros foros, tales como centros comerciales, pasajes u otros lugares de encuentro, no puede ser excluido el ejercicio del derecho de reunión, para el espacio de tránsito de tales estructuras, en el ámbito de una sujeción inmediata a los derechos fundamentales, o en el marco de la obligación mediata de los particulares.²¹⁶

²¹³ BVerfGE 128, 226/251 - Fraport

²¹⁴ BVerfGE 128, 226/251 – Fraport; BVerfG, Beschluss vom 18. Juli 2015 - 1 BvQ 25/15, párr. 5

²¹⁵ BVerfGE 128, 226/251 - Fraport; BVerfG, Beschluss vom 18. Juli 2015 - 1 BvQ 25/15, párr. 5

²¹⁶ BVerfGE 128, 226/252 - Fraport; BVerfG, Beschluss vom 18. Juli 2015 - 1 BvQ 25/15, párr. 5

9 Afectaciones al derecho de reunión

9.1 La afectación clásica

La “afectación” es una intervención de carácter no irrelevante en el objeto protegido por el derecho fundamental en contra de la voluntad del titular del derecho.²¹⁷ La misma se caracteriza por la presencia de determinados elementos. Se trata de la intervención estatal, formal, intencional e inmediata en un bien jurídico.²¹⁸ Como consecuencia de tal intervención se activan los mecanismos de protección del Estado de derecho: La reserva legal; la prohibición de exceso y de defecto; la posibilidad del recurso judicial y generalmente, determinadas previsiones procedimentales.²¹⁹ 137

En ciertos casos es claro el carácter de afectación en el derecho fundamental. Podemos mencionar las limitaciones realizadas en el marco del derecho administrativo y de policía, al efecto, la imposición del deber de notificación de la reunión, así como las decisiones que establecen prohibiciones, de carácter general o particular; las condiciones para la autorización; la disolución de la reunión; la exclusión de determinados participantes.²²⁰ También es el caso de la previsión de determinada conducta como delito o falta, en el derecho penal o sancionatorio. 138

²¹⁷ Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, párr. 59

²¹⁸ Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, párr. 59; Schmidt-Abmann, Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht, pág. 234

²¹⁹ Schmidt-Abmann, Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht, pág. 234

²²⁰ Pieroth/Schlink, Grundrechte, párr. 706

9.2 La afectación fáctica

Ejercicio 10: La visita del Presidente de China

En el marco de una visita del Presidente de China tuvo lugar una reunión organizada por la Sección de Amnistía Internacional. Los participantes realizaron una vigilia, con pancartas, volantes y otros elementos típicos de estos eventos, para protestar en contra de la posición del funcionario en materia de derechos humanos. Al momento de la entrada de los vehículos, fue colocado un autobús del cuerpo de música de la policía, directamente frente a la vigilia, interrumpiendo la visibilidad de los 50 manifestantes. Al mismo tiempo, se escuchó la música del grupo policial. De inmediato, luego del paso del vehículo presidencial, fue retirado el autobús hacia su lugar de estacionamiento ²²¹ [ver esquema en párr. 153]

139

En ciertos casos, la calificación como una afectación del ámbito protegido por el derecho de reunión, resulta más compleja. Es el caso de los impedimentos en las vías de acceso y salida del lugar de la reunión,²²² así como el empleo de controles preventivos, mediante las observaciones y registros. El “acompañamiento preventivo” a ambos lados de una marcha, por parte de policías con equipamiento antimotines, casco y bastón largo, ha sido calificado de afectación de una reunión.²²³ También debemos mencionar el efecto disuasivo de la aplicación de las medidas propias del derecho procesal penal. En tales casos, estamos en presencia de una afectación fáctica del derecho fundamental.

140

Los derechos fundamentales también deben ofrecer protección frente a injerencias de hecho o mediatas, las cuales con frecuencia ostentan un contenido lesivo similar o superior a la afectación clásica. De allí deriva la necesidad de un concepto amplio de la noción de afectación del derecho.²²⁴ Actualmente es generalmente admitido que la protección constitucional no se

²²¹ VG München, Urt. V. 21/01/1999 M 17 K 96.3548 (NVwZ 2000, 461)

²²² Gornig/Jahn, Fälle zum Polizei- und Ordnungsrecht, pág. 98

²²³ OVG Bremen Sent. de 24.04.1990, Exp. 1 BA 18/89

²²⁴ Schmidt-Abmann, Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht, pág. 234

limita a un tipo específico de afectación,²²⁵ pues ello sería contrario a la función del derecho fundamental de proteger de forma efectiva determinados ámbitos de libertad y de garantizar que el individuo se encuentre libre de desventajas que no se ajusten a la Constitución.²²⁶ En tal caso, no se deja de lado a la noción clásica de afectación del derecho fundamental, sino que la misma se enriquece con nuevas facetas.²²⁷ Por ello, siguen teniendo validez los conocidos institutos que permiten ejercer una defensa resistente frente a tales injerencias.²²⁸

Consecuencia de la ampliación del concepto de afectación del derecho es la pérdida de los claros contornos que caracterizan a la clásica afectación estatal, final e imperativa.²²⁹ Por otra parte, los derechos fundamentales no tienen la función de proteger contra *todo* tipo de afectación.²³⁰ Ello es consecuencia de la situación social del titular del derecho dentro de un Estado y de una sociedad.²³¹

Para establecer un ámbito más concreto, dentro del cual el derecho fundamental brinde protección frente a afectaciones de hecho o mediatas, puede tomarse en consideración los parámetros que derivan de la finalidad de protección de cada derecho fundamental (doctrina modal o funcional del ámbito de protección).²³² El Tribunal Federal Constitucional hace referencia en

²²⁵ BVerwGE 71, 183; Roht, Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt, pág. 33

²²⁶ BVerwGE 71, 183

²²⁷ Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, párr. 59

²²⁸ Schmidt-Abmann, Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht, pág. 234

²²⁹ Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, párr. 59

²³⁰ BVerwGE 71, 183

²³¹ Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechte nach dem Normzweck, pág. 102

²³² BVerwGE 71, 183/192

este sentido a la idea del orden o del valor de los derechos fundamentales.²³³

Con ello el grado de afectación no resulta determinado por criterios idénticos para todos los derechos fundamentales. Además deben ser tomados en cuenta los riesgos atípicos e impredecibles que se relacionan con la actuación de los poderes del Estado.²³⁴

143 A través de la interpretación de la finalidad protectora de cada derecho fundamental, puede establecerse en qué forma su ámbito de protección también comprende el entorno social o de otro tipo de la actividad realizada. En la misma medida en que determinado derecho fundamental también brinde protección frente a los cambios del entorno derivados de la injerencia del Estado, se plantea también la sujeción de la actuación del Estado al derecho fundamental del individuo.²³⁵

144 Otros criterios, para la determinación de la existencia de una afectación fáctica de los derechos fundamentales, se encuentran referidos al grado de mediatez, esto es, la longitud de la cadena causal entre el acto del poder Público y el efecto sobre el afectado.²³⁶ En la medida en que sea más larga la cadena causal, la densidad de la afectación será menor y la posibilidad de imputar responsabilidad disminuye.²³⁷

145 La longitud de la cadena causal no es relevante cuando la finalidad perseguida con la conducta puede sintetizar el desarrollo de los acontecimientos

²³³ Lübbe-Wolff, Rechtsprobleme der Behördlichen Umweltberatung, pág. 2711

²³⁴ Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, párr. 59

²³⁵ Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, pág. 105

²³⁶ Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, pág. 103

²³⁷ Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, pág. 103

en una conducta unitaria de afectación del derecho fundamental.²³⁸ La densidad de la cadena causal puede ser considerada suficiente, a pesar de la pluralidad de estaciones causales, cuando existía la intensión de causar el resultado lesivo del derecho.²³⁹ Una afectación relevante del derecho fundamental se plantea generalmente cuando se encuentran dados ambos criterios.²⁴⁰

La determinación de la finalidad de una medida no se encuentra limitada al 146
objetivo principal que le sirve de motivación, sino que debe ser concebida como un proceso complejo, el cual comprende necesariamente las consecuencias colaterales asociadas al objetivo principal.²⁴¹ A pesar de que la actuación de la Administración no hubiera tenido por finalidad esencial causar una consecuencia desfavorable, las mismas son consideradas condiciones necesarias para alcanzar la meta propuesta.²⁴²

En contra del argumento relativo al efecto limitador de la libertad, se ha se- 147
ñalado que tales efectos no pueden ser medidos con exactitud. Tales objeciones han sido tomadas en consideración por el Tribunal Federal Administrativo, el cual evalúa si la medida puede causar consecuencias graves y considera necesario que tales consecuencias hubieran sido previsibles.²⁴³ La referencia exacta del efecto en la situación real es entonces sustituida por la constatación de que en determinada medida las consecuencias desfavorables eran previstas ex ante y no simplemente a través de una evaluación ex-post.

²³⁸ BVerwGE 90, 112/ 120

²³⁹ Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, pág. 103

²⁴⁰ Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, pág. 103

²⁴¹ Roth, Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzbewehrung, pág. 215

²⁴² Roth, Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzbewehrung, pág. 215

²⁴³ BVerwG, U.v. 23.5.1989, NJW 1989, 2272/2273

El criterio de la gravedad de la afectación resulta con ello subjetivizado. Lo determinante es en todo caso, cuáles fueron las consecuencias previsibles.²⁴⁴

148 Finalmente, puede ser tomado en consideración el criterio de la gravedad de la afectación. La afectación clásica de los derechos fundamentales por parte del Estado regulador, esto es, la llamada “afectación imperativa”, se encuentra dirigida expresamente a producir una reducción de la esfera de libertad protegida por el derecho fundamental, por lo que puede ser declarada contraria a derecho, incluso cuando sus efectos no sean considerados graves.²⁴⁵ En tales casos, la existencia de una desventaja relevante para el derecho fundamental no se encuentra sujeta a la magnitud del daño. Toda afectación imperativa resulta valorada como una lesión significativa, independientemente de la medida de la lesión del derecho fundamental.²⁴⁶ Una concepción distinta, que niegue la posibilidad de que el ciudadano se defienda en contra de afectaciones cuya gravedad se encuentre por debajo de determinado nivel de intensidad, significaría en la práctica que el Estado podría causar efectos gravosos de forma arbitraria, siempre que los mismos no produjeran daños demasiado graves.²⁴⁷

149 De allí que, en los casos de afectación directa de un derecho fundamental no es relevante si la misma ha producido un daño grave. Sin embargo, en los casos de afectación fáctica, la intensidad de los efectos sobre las personas, juega un papel esencial para establecer si resulta afectado el ámbito protegi-

²⁴⁴ Heintzen, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, pág. 554

²⁴⁵ BVerwGE 90, 112/121

²⁴⁶ Roth, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, pág. 277

²⁴⁷ Roth, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, pág. 277

do por el derecho fundamental.²⁴⁸ En los casos de simples afectaciones de hecho y no específicas, el criterio de la afectación “grave” del derecho fundamental puede ser aplicado con el objeto de distinguir, entre injerencias del Estado en el ámbito constitucionalmente protegido de libertad y aquellas que no poseen relevancia constitucional.²⁴⁹ De tal forma es posible establecer restricciones en los elementos constitutivos del derecho fundamental, de acuerdo con una especie de reserva de afectación irrelevante.²⁵⁰ La doctrina es pacífica en afirmar la necesidad de tales correctivos para hacer determinable la noción ampliada de la afectación del derecho fundamental.²⁵¹

Molestias fácticas de poca intensidad deben ser consideradas como parte de 150 los riesgos razonables de la vida, en contra de los cuales el derecho fundamental no otorga a su titular ninguna protección.²⁵² De allí que, mientras más mediata sea la relación entre la conducta y el resultado, la intensidad del efecto producido debe ser mayor, para considerar dada una afectación del derecho fundamental.²⁵³

Por otra parte, en los casos de afectación fáctica, en los que se encuentre 151 presente el factor de intencionalidad y la situación se hubiera encontrado bajo el control del Estado, se considera una afectación relevante del derecho

²⁴⁸ Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, pág. 104

²⁴⁹ BVerwGE 87, 37/43; Andreas Roth, Locus cit. pág. 298; BVerwGE 90, 112/121

²⁵⁰ Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, párr. 59

²⁵¹ Schmidt-Aßmann, Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht, pág. 239; Roth, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, pág. 34; Heckmann, Eingriff durch Symbole?, pág. 880

²⁵² Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, pág. 104

²⁵³ Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, pág. 104

fundamental, aún cuando la relación de causalidad no hubiera sido inmediata, independientemente de la intensidad del daño.²⁵⁴

152 En los casos, en los que el Estado procura influir en la conducta del público y el esperado cambio de conducta que se produce efectivamente causa por su parte efectos en posiciones protegidas por derechos fundamentales, no es necesario establecer condiciones relativas a la gravedad de la afectación.²⁵⁵

Tales injerencias finalistas de carácter fáctico, son equivalentes a las clásicas afectaciones imperativas.²⁵⁶

153 Esquema del ejercicio: La visita del Presidente de China

El bien jurídico protegido se encuentra referido a la seguridad pública, la cual comprende el evento organizado por el Estado, de recepción de un Jefe de Estado, así como la integridad física de las personas que participaban en el traslado del Presidente chino.

La afectación fáctica del derecho de reunión deriva del impedimento fáctico de la finalidad de la vigilia. Los manifestantes pretendían hacer llegar su opinión, no sólo a las personas que transitaban el lugar, sino especialmente al Presidente de China. Los órganos de policía no debían impedir que se realizara la finalidad de la reunión. Igualmente, se produjo una afectación fáctica de la libertad de expresión, en razón de que un órgano del Estado hizo imposible que los manifestantes fueran vistos y oídos por el destinatario del mensaje.²⁵⁷

La revisión de la conformidad a derecho de la medida es realizada, de conformidad con las normas que regulan el control de manifestaciones y de acuerdo con las normas de policía. En tales casos, se requiere de la constatación de un peligro concreto, para justificar la intervención policial. No existían sin embargo indicios acerca de la existencia de un peligro de tal naturaleza. La manifestación era de carácter pacífico y sus organizadores no tienen antecedentes en la organización de actividades violentas. La distancia de unos 60 metros, la presencia policial y los vehículos blindados que transportaban a la comisión presidencial no permitían justificar la aplicación de las normas de control policial. La medida tampoco hubiera sido idónea para repeler un eventual peligro en contra de la seguridad de las personas.

9.3 El efecto disuasivo

Ejercicio 11: El garrapiño

Un elemento que llamó la atención en las manifestaciones, fue el uso de una garra de hierro por parte de la Guardia Nacional en una protesta de estudiantes en enero-2010. La protesta que reunía a un nutrido grupo

²⁵⁴ BVerwGE 90, 112/121

²⁵⁵ Di Fabio, Information als hoheitliches Gestaltungsmittel, pág. 5

²⁵⁶ Di Fabio, Information als hoheitliches Gestaltungsmittel, pág. 5

²⁵⁷ VG München, Urt. V. 21/01/1999 M 17 K 96.3548 (NVwZ 2000, 461)

de estudiantes de distintas universidades, tanto públicas como privadas, reclamaba el respeto de la libertad de expresión, los derechos ciudadanos y el cese a la violencia por parte de los organismos del Estado. Si bien, el instrumento señalado no fue utilizado para la represión directa de la manifestación, fue expuesto frente a los estudiantes. El jefe del Comando Regional Número 5 de la Guardia Nacional Bolivariana, G/D Alirio Ramírez, desmintió el titular de primera plana. Al respecto, el efectivo explicó que el instrumento citado, cuyo nombre real es “garrapiño” forma parte de un equipo de despeje que los efectivos militares utilizan en labores de guarda del orden público para retirar de la vía aquellos elementos que la obstaculizan, para así restablecer el libre tránsito de las personas.²⁵⁸ [ver esquema en párr. 157]

154

En su decisión sobre el censo de población, estableció el Tribunal Federal Constitucional, que quien tiene conocimiento que, durante la participación en una reunión o en una asociación de ciudadanos, será objeto de un registro de datos por parte de un órgano del Poder Público, y que de tal situación pueden derivar riesgos, podría desistir del ejercicio del correspondiente derecho de reunión o de asociación. Tal situación no sólo afectaría las oportunidades del individuo de desenvolvimiento como individuo, sino que también afectaría el interés general, en razón de que la autodeterminación del individuo constituye una condición elemental para el funcionamiento de un Estado liberal democrático, que se basa en la capacidad de actuación y de participación de sus ciudadanos.²⁵⁹

El ámbito de protección del derecho de reunión también comprende la libertad de decisión interna, acerca de si el individuo resuelve o no participar en la reunión. Por tal motivo, una afectación fáctica se produciría cuando el temor a la vigilancia del Estado conduzca a que el individuo resuelva renunciar a participar en la reunión. El Tribunal Federal Constitucional se re-

155

²⁵⁸ ABN Caracas, 28 Enero: GNB desmintió titular de El Nacional sobre uso de presunta garra de hierro para reprimir

²⁵⁹ BVerfGE 65, 1/43 - Volkszählung

fiere a las medidas de registro y vigilancia que resulten irrazonables y excesivas.²⁶⁰

156 El reconocimiento de la afectación del derecho de reunión permite establecer que la medida tiene un carácter de actividad de intervención en la esfera jurídica subjetiva del individuo, lo cual constituye un presupuesto para exigir el control de la contrariedad a derecho de la actuación del Estado.

157 Esquema del ejercicio: El garrapiño

La exposición del instrumento frente a los manifestantes es por sí sola capaz de generar el temor de su uso en contra de la integridad física de las personas, a tal punto que los manifestantes desistan del ejercicio del derecho de reunión.

La afectación en el ámbito del derecho subjetivo exige que la medida se encuentre justificada, por la existencia de un peligro inminente para el orden público.²⁶¹ La gráfica no permite advertir que hubiera sido necesario el uso del instrumento citado, para retirar de la vía aquellos elementos que la obstaculizan. Por tal motivo, el porte del equipo era innecesario y excesivo, en infracción del derecho de reunión.

²⁶⁰ BVerfGE 69, 315/348 – Brokdorf; Pieroth/Schlink, Grundrechte, párr. 706

²⁶¹ OVG Bremen Sent. de 24.04.1990, Exp. 1 BA 18/89

El uso de armas y sustancias tóxicas en el control de las manifestaciones pacíficas es inconstitucional, antidemocrático y acarrea responsabilidad de los funcionarios públicos que lo ordenen o ejecuten, a pesar de lo que haya decidido la Sala Político Administrativa

María Alejandra Correa *

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 840 de fecha 27/07/2016,¹ declaró improcedente una medida cautelar de amparo constitucional de suspensión de efectos de la Resolución N° 08610, emanada del Ministro del Poder Popular para la Defensa, contentiva de las *Normas sobre la actuación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en funciones de control del orden público, la paz social y la convivencia ciudadana en reuniones públicas y manifestaciones*.²

En las motivaciones para decidir, al Sala Político Administrativa sostiene que el derecho a manifestar no es absoluto y que las manifestaciones pacíficas están sujetas a los requisitos y demás determinaciones que establezca la ley.

Argumenta la Sala que si bien el artículo 68 de la Constitución prohíbe el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de las manifestaciones pacíficas, también se prevé que la actuación de los cuerpos policiales y de seguridad en el control del orden público estará regulada por la ley.

* Profesora en la Universidad Central de Venezuela

¹ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/189351-00840-27716-2016-2015-0086.HTML>

² Publicada en la Gaceta Oficial N° 40.589 de fecha 27/01/2015

Concluye que está prohibido el uso de armas de fuego para el control de manifestaciones pacíficas, más no así en aquellas que resulten o se tornen violentas, porque es una obligación del Estado, conforme a lo previsto en el artículo 55 del texto fundamental, el proteger al resto de los ciudadanos que no participan en las manifestaciones que se tornan violentas, frente a situaciones que constituyan amenaza o riesgo para su integridad física, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes.

Invoca la decisión el fallo precedente de la Sala Constitucional N° 276 de fecha 24/4/2014³, en la cual se habría precisado que la segunda parte del artículo 68 de la Constitución establece la obligación de los cuerpos policiales y de seguridad encargados del orden público de respetar los derechos humanos, *evitando* el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas.

Sostiene que dentro de las finalidades de la resolución impugnada figura precisamente la protección de los derechos humanos de quienes participan en las reuniones públicas y manifestaciones; así como de las demás personas y de la sociedad en general, mediante el establecimiento de principios, directrices y procedimientos uniformes sobre la actuación de la Fuerza Ar-

³ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/163222-276-24414-2014-14-0277.HTML>. En esta sentencia la Sala Constitucional afirmó que, “en acatamiento al contenido regulatorio previsto en la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010, resulta obligatorio para los partidos y/o organizaciones políticas así como para todos los ciudadanos, -cuando estos decidan efectuar reuniones públicas o manifestaciones- agotar el procedimiento administrativo de autorización ante la primera autoridad civil de la jurisdicción correspondiente, para de esta manera poder ejercer cabalmente su derecho constitucional a la manifestación pacífica ... (omisión) La autorización emanada de la primera autoridad civil de la jurisdicción de acuerdo a los términos de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, constituye un requisito de carácter legal, cuyo incumplimiento limita de forma absoluta el derecho a la manifestación pacífica, impidiendo así la realización de cualquier tipo de reunión o manifestación. Por lo tanto, cualquier concentración, manifestación o reunión pública que no cuente con el aval previo de la autorización por parte de la respectiva autoridad competente para ello, podrá dar lugar a que los cuerpos policiales y de seguridad en el control del orden público a los fines de asegurar el derecho al libre tránsito y otros derechos constitucionales (como por ejemplo, el derecho al acceso a un instituto de salud, derecho a la vida e integridad física), actúen dispersando dichas concentraciones con el uso de los mecanismos más adecuados para ello, en el marco de los dispuesto en la Constitución y el orden jurídico”.

mada Nacional Bolivariana para garantizar el orden público, la paz social y la convivencia ciudadana en reuniones y manifestaciones públicas a través del uso progresivo y diferenciado de la fuerza, cuando la situación lo amerite, de acuerdo a lo establecido por la normativa nacional e internacional en materia de derechos humanos.

En relación al alegato de violación al derecho a la vida y a la integridad personal y a la libre expresión de las ideas, la Sala advierte que en varios artículos de la resolución impugnada se establece que toda actuación debe ser respetuosa de los derechos humanos, especialmente el derecho a la vida como bien supremo, así como a la integridad personal y que a objeto de garantizar el respeto de los derechos humanos se prevé expresamente que en el control de manifestaciones actuará personal debidamente adiestrado y capacitado en el tema, dotado de equipos, implementos, armas y accesorios autorizados por los organismos internacionales para el restablecimiento del orden público.

Afirma que de la revisión preliminar realizada en esta etapa del proceso, la resolución impugnada no estaría dirigida a impedir la libertad de expresión, de manera que todos conservan ese derecho a expresar libremente sus ideas u opiniones por cualquier medio de comunicación y difusión, con las limitaciones establecidas en la Constitución y las leyes.

Varios comentarios merece la decisión dictada por la Sala Político Administrativa, el primero es la inadvertencia de la exposición de motivos de la Constitución de 1999, en la cual expresamente se hace referencia a la consagración del derecho político a la manifestación política, como consustan-

cial a la vida democrática, y a la inclusión de un nuevo aparte, respecto de la redacción del texto de 1961, consagrando expresamente la prohibición del uso de armas y sustancias tóxicas.

En ese sentido, se lee en la exposición de motivos de la Constitución de 1999:

“Dadas las trágicas y dramáticas experiencias vividas por los venezolanos en el ejercicio de este derecho a expresar su descontento con el ejercicio de las funciones de gobierno, **se incluyen prohibiciones que persiguen limitar la acción represiva de los cuerpos policiales y de seguridad en ese sentido, se consagra la prohibición del uso de armas de fuego y sustancias tóxicas para enfrentar manifestaciones pacíficas**”.

Del párrafo transcrito se desprende de manera inequívoca que la prohibición respecto del uso de las armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de las manifestaciones pacíficas, sí está consagrada de manera absoluta.

No es la primera vez que el Tribunal Supremo de Justicia obvia reconocer valor a la exposición de motivos de la Constitución, como referencia necesaria en la interpretación de sus disposiciones, incluso en otros casos la Sala Constitucional ha llegado a desconocer abiertamente que en el ejercicio de sus competencias - como intérprete y garante de la supremacía constitucional - esté vinculada a la intención del Constituyente.

Así, en la Sentencia N° 9 de la Sala Constitucional de fecha 1 de marzo de 2016⁴, se lee lo siguiente:

“Al respecto, debe reiterarse que la Exposición de Motivos no tiene carácter normativo ni vinculante, pero sí pudiera ser orientador en tanto sea coherente con el funda-

⁴ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/185627-09-1316-2016-16-0153.HTML>

mento material del Texto Fundamental y con las normas que lo integran. Al respecto, en sentencia 93 del 6 de febrero de 2001, esta Sala asentó lo siguiente: «...*la Exposición de Motivos del Texto Fundamental, hace referencia a la potestad revisora extraordinaria que ostenta esta Sala. Sin embargo, antes de analizar lo establecido en la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe esta Sala aclarar la naturaleza de ese documento, en el sentido que lo expresado en el mismo se consulta sólo a título referencial e ilustrativo para el análisis de la norma constitucional, ya que él constituye un documento independiente al Texto Constitucional propiamente dicho y, no siendo parte integrante de la Constitución, no posee carácter normativo. No puede entonces fundamentarse en la Exposición de Motivos la justificación jurídica para interpretar una modificación, ampliación o corrección de lo expresado en el Texto Fundamental. No puede igualmente otorgarse un carácter interpretativo de la Constitución a la Exposición de Motivos cuando la misma Constitución le otorga dicho carácter expresamente a esta Sala. La Exposición de Motivos constituye simplemente una expresión de la intención subjetiva del Constituyente, y tiene el único fin de complementar al lector de la norma constitucional en la comprensión de la misma.*

Esta Sala, no obstante, dentro de su carácter de máximo intérprete de la Constitución establecido en el artículo 335 del Texto Fundamental, puede señalar lo establecido en la Exposición de Motivos como soporte de su interpretación y otorgarle carácter interpretativo a lo establecido en ésta o, sencillamente, desechar o no considerar lo establecido en tal documento, en aras a la interpretación progresiva del Texto Fundamental”. (Resaltados en el original)

Difiero del criterio de la Sala Constitucional, por considerar jurídicamente errado negar la vinculación del intérprete a la exposición de motivos de los textos normativos. En nuestro ordenamiento jurídico la exposición de motivos no puede ser arbitrariamente desechada o no considerada, como se afirma en la sentencia antes transcrita. A tenor de lo dispuesto en el artículo 4 del Código Civil, “a la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio, según la conexión de ellas entre sí y **la intención del legislador**”.

La intención del legislador está contenida precisamente en la exposición de motivos del texto normativo.

Por su parte, el artículo 236 de la Constitución, al atribuir la potestad reglamentaria al Presidente de la República, le impone desarrollar la ley “sin alterar su espíritu, propósito y razón”. Eso que no se debe alterar en el desarrollo de la regulación no es solamente el articulado de la ley, también deben respetarse los propósitos y la razón o justificación de la ley, aspectos contenidos en la exposición de motivos.

Esas normas, que consagran como referente obligado para el intérprete de los textos legislativos la correspondiente exposición de motivos, son aplicables, *mutatis mutandis*, respecto de la exposición de motivos de la Constitución y evidencia el equívoco en que incurre la Sala Constitucional al afirmar que en su labor interpretativa del texto constitucional podría desechar su exposición de motivos.

Por su parte, la Sala Político Administrativa incurrió en un error de juzgamiento al omitir considerar lo expuesto en la exposición de motivos de la Constitución de 1999, esa omisión condujo a que interpretara erradamente el alcance de la garantía consagrada en el artículo 68 de la Constitución.

De haber indagado cuál había sido la intención del constituyente en la redacción de esa norma, concretamente respecto de la prohibición absoluta del uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de las manifestaciones pacíficas, incluida en el aparte único de ese artículo⁵, precisamente para evitar la acción represiva de los cuerpos de seguridad del Estado, nece-

⁵ El artículo 115 de la Constitución de 1961 se limitaba a consagrar el derecho a la manifestación pacífica, pero debido a que en el pasado el Estado había reprimido a los manifestantes, se incluyó expresamente en la norma constitucional la prohibición del uso de armas de fuego, como garantía al ejercicio del derecho político a expresar el descontento contra el ejercicio del poder por parte de las autoridades del Poder Público.

sariamente habría concluido que la Resolución impugnada viola la Constitución.

La regulación contenida en la Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Defensa es inconstitucional y antidemocrática, en la medida que contraviene la expresa disposición del texto fundamental, además resulta absolutamente innecesaria, porque si una manifestación se tornare violenta, los cuerpos de seguridad del Estado estarían facultados para intervenir en ejercicio de sus competencias para el restablecimiento del orden, aplicando los procedimientos adecuados y proporcionales, conforme a las normas legales vigentes en materia de policía y control del orden público, sin que se justifique la adopción de normas específicas como las contenidas en la Resolución dictada por el Ministerio del Poder Popular para la Defensa.

El asumir que las manifestaciones pacíficas podrían tornarse violentas - pretendida justificación de la Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Defensa -, viola el derecho a la presunción de inocencia de los ciudadanos que manifiestan pacíficamente para expresar su descontento; la protesta constituye el ejercicio legítimo de derechos fundamentales que no puede ser calificado como intención de alterar el orden público, tampoco debe presumirse violentos a los manifestantes.

El Estado al adoptar una política represiva, como es el despliegue de funcionarios armados, que en la práctica tienen años aplicando y la Resolución impugnada ante la Sala Político Administrativa autoriza abiertamente, criminaliza la protesta, porque anticipa la represión que juzga ameritara aplicar

a los manifestantes, incluso antes que éstos hayan iniciado su acto de reunión o protesta.

La amenaza de represión a la protesta pacífica, asumiendo que se tornará violenta, prejuzga sobre la condición no pacífica de la manifestación, violando el derecho a la presunción de inocencia de los manifestantes

Otras observaciones, deben hacerse al contenido de la sentencia, como es el hecho de haber ignorado la Sala Político Administrativa que la regulación contenida en la Resolución ministerial impugnada viola la garantía de la reserva legal consagrada en el aparte único del artículo 68 de la Constitución, conforme al cual solamente mediante ley, podría regularse la actuación de los cuerpos policiales y de seguridad, regulación que además únicamente podría tener como objetivo el control del orden público.

Llama la atención que en la motivación de la sentencia, se pretende presentar la Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Defensa como un instrumento cuya *finalidad sería proteger los derechos humanos, mediante el establecimiento de principios, directrices y procedimientos uniformes sobre la actuación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, a través del uso progresivo y diferenciado de la fuerza, cuando la situación lo amerite, de acuerdo a lo establecido por la normativa nacional e internacional en materia de derechos humanos*, haciendo ver que se estarían estableciendo parámetros para el ejercicio de una actividad discrecional permitida en la Constitución o la ley, cuando lo cierto, es que el objeto de ese acto de rango sublegal, es autorizar a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana a usar armas de fuego y sustancias tóxicas en las manifestaciones, a pesar de la

expresa prohibición constitucional, establecida de manera absoluta en el artículo 68.

La Constitución no consagra discrecionalidad alguna respecto de la calificación de una manifestación o la forma como reprimirla, por el contrario inequívocamente dispone, sin margen de apreciación alguna por parte de los funcionarios, la prohibición de uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en las manifestaciones pacíficas.

Si la manifestación se tornare violenta y alguna persona incurriere en actos ilícitos, que alteren el orden público o sean susceptibles de ser calificados como delitos, los cuerpos de seguridad del Estado deberán intervenir de conformidad con la ley, de la misma manera que deberían intervenir cada vez que un ciudadano es víctima de la inseguridad y el hampa, sin que para ello se requiera de un texto normativo como el contenido en la Resolución dictada por el Ministerio del Poder Popular para la Defensa, por estar regulado en la ley la actuación de los órganos de seguridad ciudadana previstos en el artículo 332 de la Constitución.

Evidentemente ese no es el objetivo que realmente tuvo en mente el autor de esas *Normas sobre la actuación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en funciones de control del orden público, la paz social y la convivencia ciudadana en reuniones públicas y manifestaciones*, sino el de advertir a los ciudadano que el Estado está dispuesto a usar armas de fuego y sustancias tóxicas, cada vez que pretendan ejercer su derecho a manifestar su descontento por las políticas públicas desarrolladas por las autoridades del Poder

Público y esa amenaza cercena los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la manifestación política.

Por otra parte, sorprende la ligereza con que se desestima la denuncia de violación al derecho a la vida y a la integridad personal, sin duda gravemente amenazado por la autorización del uso de armas de fuego en las manifestaciones.

La sentencia comentada obvia analizar las implicaciones de autorizar el uso de las armas de fuego y sustancias tóxicas, se limita a afirmar que en el texto de la Resolución impugnada se prevé la actuación de personal debidamente adiestrado y capacitado en el tema, dotado de equipos, implementos, armas y accesorios autorizados por los organismos internacionales para el restablecimiento del orden público; sin embargo, nada se dice sobre cómo esas menciones de la Resolución garantizarían que la vida y la integridad personal de los manifestantes no estarían amenazadas por el uso de armas de fuego en las manifestaciones.

La Resolución dictada por el Ministerio del Poder Popular para la Defensa, independientemente de lo que haya dicho la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia constituye un instrumento desproporcionado e inadecuado para garantizar el orden en el desarrollo de las manifestaciones pacíficas.

Esas normas constituyen un instrumento dictatorial de amedrentamiento que, además de prejuzgar sobre la supuesta actuación delictiva de los manifestantes, violando su derecho a la presunción de inocencia, cercena el dere-

cho constitucional a manifestar pacíficamente, a la libre expresión y a la participación política, esenciales para la democracia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en Opinión consultiva emitida en el caso Colegiación Obligatoria de Periodistas, OC 5/85, Serie A, No. 5, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 69, ha afirmado:

“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”⁶.

En relación al caso específico de la represión en las manifestaciones desarrolladas para protestar contra el gobierno en Venezuela, en comunicado de prensa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 24 de febrero de 2015 manifestó su preocupación por la criminalización de las protestas así:

"Las voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática, sin las cuales no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad. Por ello, la participación efectiva de personas, grupos, organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados mediante normas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, y también mediante la adopción de medidas para garantizar su pleno ejercicio. La Comisión urge al Estado a no criminalizar a los líderes políticos de la oposición y a garantizar la participación de todos los sectores en la vida política de Venezuela y los derechos humanos de quienes se identifican con la oposición al gobierno".⁷ (Subrayados agregados)

⁶ http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf

⁷ <http://oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/015.asp>

Igual consideración se lee en la motivación de la decisión de fecha 20 de marzo de 2015, mediante la cual se acuerda medidas cautelares en el caso del ciudadano Marcos Ponce⁸.

Las normas internacionales no autorizan la represión de las manifestaciones pacíficas que tienen por objeto ejercer la libre expresión de la disidencia política. Los artículos 19 y 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como los artículos 10 y 11 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y los artículos 13 y 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto San José de Costa Rica, consagran el derecho a la manifestación pacífica, el cual admite solamente las restricciones necesarias para garantizar la seguridad y el orden público, pero nunca para reprimir el ejercicio de esos derechos.

La última de las normas mencionadas, artículo 15 del Pacto San José de Costa Rica dispone:

“Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas en la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”

El control de las manifestaciones se justifica únicamente para garantizar el orden, la seguridad y los derechos o libertades de los demás, por lo que las medidas que adopte el Estado deben ser las estrictamente necesarias, adecuadas y proporcionales a ese fin.

⁸ Véase párrafo 9 de la decisión
<http://www.oas.org/es/cidh/decisio/pdf/2015/MC71-15-es.pdf>

Así lo expresó la Corte Europea de Derechos Humanos en la decisión del 26 de abril de 1991 (caso Ezelin contra Francia)⁹, en esa decisión se asume que si bien el derecho a manifestar y expresar opiniones políticas no es absoluto, los límites que la autoridad está legitimada a establecer deben ser proporcionales y adecuados para garantizar la seguridad y el orden, único fin que justificaría las condiciones y límites a las cuales quede sujeta el ejercicio del derecho a manifestar y expresar la protesta, como serían el requerimiento previo de una autorización o el restringir el uso de la vialidad pública.

El uso de las armas de fuego no puede tenerse como adecuado ni proporcional, porque ello solamente puede tener la finalidad de amedrentar e impedir el ejercicio legítimo del derecho a manifestar pacíficamente.

La pretendida justificación del uso de armas, afirmando la amenaza al orden público porque las manifestaciones se podrían tornar violentas, no es más que una criminalización de las protestas, porque parte de la premisa que los ciudadanos manifestantes tienen intenciones de alterar el orden público o cometer actos delictivos.

⁹ El Juez José María Morenilla Rodríguez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1990-1998), explica las particularidades de ese caso: "se trataba de la sanción disciplinaria impuesta a un abogado participante en una manifestación contra decisiones judiciales de condena de tres independentistas en la isla de Guadalupe en la que realizaron actos injuriosos contra la magistratura, sin la desaprobación del denunciante. El tribunal declaró que el demandante ejercitaba su derecho a participar en una manifestación autorizada y no profirió las amenazas o pintadas que tuvieron lugar durante aquella y estimó que había habido una injerencia en la libertad de reunión pacífica que se pretendía justificar por la "defensa del orden". El Tribunal declaró la violación del art. 11 del Convenio por estimar que la sanción impuesta era desproporcionada con el ejercicio de esa libertad. "La proporcionalidad reclama poner en la balanza los imperativos de los fines enumerados en el art. 11.2 con los de la libre expresión por la palabra, el gesto o el silencio de la opinión de las personas reunidas en la calle o en otros lugares públicos. La búsqueda de un justo equilibrio no debe llevar a desanimar a los abogados, por temor a sanciones disciplinarias, de expresar sus convicciones en tal circunstancia".
(http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/DUQUE_AHUMADA/14/4_JOSE%20MARIA%20MORENILLA%20RODRIGUEZ.PDF)

La amenaza de represión contenida en la Resolución del Ministerio del Poder Popular de la Defensa, así como la materialización de la represión que en la práctica han ejercido cuerpos de policía y seguridad del Estado constituyen una negación del derecho a manifestar, que la Sala Político Administrativa debió censurar y proveer las garantías de goce efectivo de los derechos fundamentales.

La Sentencia comentada, aun cuando constituye una decisión interlocutoria que no prejuzga sobre la definitiva, cercena el derecho a la manifestación pacífica, al negar la vigencia de la garantía consagrada en el aparte único del artículo 68 de la Constitución y muestra, una vez más, la postura poco garantista de los derechos fundamentales del Tribunal Supremo de Justicia.

Lamentablemente la sentencia comentada es otra evidencia del carácter dictatorial del régimen vigente en Venezuela, donde el control judicial de los actos del Ejecutivo Nacional no opera en la práctica.

El régimen ha neutralizado el contrapeso del control judicial. Con la amenaza de reprimir las manifestaciones pacíficas pretende silenciar el control ciudadano, que cada uno tiene derecho a ejercer a través de la protesta pacífica, pero ese es un derecho humano fundamental, inherente a la persona humana cuya vigencia trasciende las interpretaciones del Tribunal Supremo de Justicia. La violación de ese derecho acarrea responsabilidad penal, civil y administrativa de cada funcionario, tanto de aquél que autoriza el uso de las armas contra quien manifiesta pacíficamente, como de aquél que ejecute esa inconstitucional orden, sin que le sirvan de excusas órdenes superiores, como expresamente lo dispone el artículo 25 de la Constitución, responsabi-

lidad que puede ser exigida tanto en el fuero interno como conforme al Derecho Penal Internacional.

Las patologías procesales de las sentencias números 155/2017 y 155/2017 de la Sala Constitucional*

Víctor Jiménez Escalona**

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. La garantía *iusfundamental* de la motivación de la sentencia
 - a. La función judicial como garantía *iusfundamental* del Estado
 - b. La concreción de la tutela judicial efectiva a través de la motivación de la sentencia
 - c. La argumentación jurídica como garantía constitucional
- III. Del contenido de las decisiones números 155 y 156 de 2017 de la Sala Constitucional
 - a. Violación a la garantía *iusfundamental* del juez natural
 - b. La actuación fuera de sus competencias de la Sala Constitucional al vulnerar principio procesales penales
 - c. Del vicio de inmotivación
 - d. Del *reductio ad absurdum*
 - e. Del control innominado de la constitucional inexistente en la Constitución
 - f. De la violación a la tutela jurisdiccional cautelar
 - g. Violación al principio de separación de poderes por usurpación de funciones y la consecuencial violación al derecho a la democracia
 - h. Violación al principio de reserva legal
 - i. Falta de aplicación de las normas relativas a la inmunidad parlamentaria
 - j. De la garantía de ineficacia de las decisiones de la autoridad usurpada
- IV. Las aclaratorias números 157/2017 y 158/2017 de la Sala Constitucional
- V. Conclusiones
- VI. Referencias bibliográficas

* Dedico las presentes líneas a la memoria de mi profesor de Introducción al Derecho, José Rafael Hernández Gordils, egregio cultor del pensamiento jurídico venezolano, quien siempre nos inspiró a razonar el derecho y a poner por norte de nuestros actos la ética y el respeto. A usted, maestro, con eterno aprecio.

** Abogado egresado de la Universidad José María Vargas. Cursante de la Especialización en Derecho Procesal de la Universidad Católica Andrés Bello. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

1 Introducción

Los días martes 28 y miércoles 29 de marzo de este año, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia profirió par de sentencias que han significado un antes y después de la jurisprudencia constitucional venezolana (y acotaríamos, de la historia constitucional del país): las sentencias números 155/2017 y 156/2017 no sólo reiteraron criterios jurisprudenciales espurios sino que además violaron varios principios del Poder Público Nacional y del constitucionalismo, como la separación de poderes, gracias a una manifiesta usurpación de funciones, la cual fue posible gracias a la reiteración de varios vicios procesales.

El impacto del contenido de dichas decisiones ha ocasionado diversas reacciones tanto dentro del país, como fuera. En efecto, en el ámbito nacional, connotados politólogos como Michael Penfold, administraron el contenido de estas decisiones con aspectos político-estratégicos del gobierno con severo impacto internacional a tenor de la actual coyuntura del país, enmarcada en la diatriba política de la probable activación de la Carta Democrática Interamericana, al indicar:

«El gobierno subestimó las consecuencias que tendría en el plano internacional, y también dentro del chavismo, las decisiones judiciales 155 y 156 emitidas por la Sala Constitucional, que disuelven formalmente las competencias y la autonomía parlamentaria de la Asamblea Nacional. El hecho que las deliberaciones de la OEA, que se realizaron a comienzos de esta semana para discutir el informe de Almagro sobre Venezuela, hubiesen terminado con una declaración conjunta de 20 países en vez de una resolución definitiva para activar la Carta Democrática, fue interpretado equivocadamente como un gran triunfo de la revolución así como una gran oportunidad para

terminar de abrogarse a través del sistema judicial todos los poderes políticos y financieros de la Asamblea Nacional»¹.

Otros medios han llamado a este hecho como un Golpe o Autogolpe de Estado², como el editorial de El País de España, que reseñó:

«La anulación de las competencias de la Asamblea Nacional venezolana, el traspaso de estas al Tribunal Supremo de Justicia —controlado por el chavismo— y la asunción de poderes extraordinarios en materia penal, militar, económica, social, política y civil por parte de Nicolás Maduro supone un mazazo institucional de una gravedad extrema, sin parangón desde que comenzara la crisis institucional en Venezuela. Es un auténtico golpe de Estado para el que no cabe la más mínima matización. En un continente donde la democracia ha avanzado espectacularmente desde que dejara finalmente atrás regímenes de los años setenta y ochenta, el retroceso de Venezuela hacia una dictadura constituye una tristísima noticia y arroja preocupantes sombras sobre el futuro del país que de ninguna manera merece quedarse al margen del sistema de libertades felizmente mayoritario en la región»³.

¹ PENFOLD, Michael, «El nuevo juego de poder en Venezuela: de la ruptura al impasse constitucional», columna publicada en *Prodavinci*, sábado 01 de abril de 2017, disponible en <http://prodavinci.com/blogs/el-nuevo-juego-de-poder-en-venezuela-de-la-ruptura-al-impasse-constitucional-por-michael-penfold/>.

² GARCÍA-SAYÁN, Diego, en su columna «Abriendo Trocha» de El País de España, publicó «En Venezuela, el autogolpe, a través de una sentencia del Tribunal Supremo, fue frenado y enfrentado. Esto no despeja los nubarrones antidemocráticos que siguen golpeando al país ni la dramática crisis humanitaria que sufre su pueblo, pero sí ha revertido el autogolpe. La gente sigue en las calles pues la agenda democrática no se reduce a enfrentar el autogolpe; la respuesta este martes fue una "feroz represión", como la calificó Almagro», en «Democracia: ahora es diferente» en Abriendo Trocha, publicado en El País, jueves 06 de abril de 2017, disponible en http://internacional.elpais.com/internacional/2017/04/06/america/1491431551_940899.html. Por su parte, la revista SIC número 793, expresó lo siguiente: «Las decisiones asumidas por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional de fecha 28 y 29 de marzo del presente año (Sentencias 155 y 156) suponen un claro golpe de Estado y un desmascaramiento definitivo del gobierno como una dictadura. La revista SIC y el Centro Gumilla fieles a su condición de instancias defensoras de la democracia como sistema de convivencia de los venezolanos y como sistema que, con sus defectos (muchas veces señalados por nosotros), es garantía de la protección de los derechos humanos, nos oponemos como ciudadanos a este abuso por parte de un grupo de militares y civiles que con la única intención de proteger sus intereses particulares y ambición de poder, han sometido a toda la sociedad venezolana. / (...) Ambas sentencias del TSJ no son más que un colofón a la actitud asumida por el Gobierno frente a la derrota electoral sufrida en diciembre de 2015 y que consistió en el mero desconocimiento de los efectos del resultado, la negación de la voluntad popular y el no sometimiento a las reglas democráticas. Desde el principio se usó como ariete al Poder Judicial (por cierto nombrado de forma ilegítima) para intentar darle una apariencia de legalidad a los actos, pero en el transcurso del tiempo la máscara se fue degradando hasta llegar a esta necesidad de emitir una decisión que supone una clara violación a la Constitución que supuestamente pretende proteger. Es evidente que la fuerza de esas decisiones están sustentadas en las armas que posee el grupo que ejerce la actual dictadura, tanto desde el sector castrense, como en los grupos civiles armados y con el apoyo de Cuba como Estado que ha prestado su muy eficiente sistema de vigilancia y control», disponible en <http://revistasic.gumilla.org/2017/es-una-dictadura/>.

³ «Golpe de Estado en Venezuela», Editorial de *El País*, del jueves 30 de marzo de 2017, disponible en http://elpais.com/elpais/2017/03/30/opinion/1490890200_815029.html.

Este hecho ha sido reseñado con sorpresa por varios medios internacionales, como la BBC de Londres⁴, y el Presidente de la Asamblea Nacional, Julio Borges, reseñó:

«Es la primera vez que estas sentencias le otorgan todo el poder a Nicolás Maduro para hacer las leyes que le dé la gana, para dar los contratos que le da la gana y para endeudar al país como le dé la gana (...) **es un golpe de Estado con todas sus letras, es una dictadura**»⁵.

Por su parte, el gobernador del Estado Miranda, Henrique Capriles Radonski también expresó su preocupación por el contenido de dichas decisiones, indicando que ellas constituían un Golpe de Estado⁶.

El ex constituyente, Dr. Allan Brewer-Carias, en relación con la sentencia número 155 también comentó la ocurrencia de una «dictadura judicial»:

«Con la sentencia No 155 de 27 de marzo de 2017, dictada por la Sala Constitucional, anulando el Acuerdo de la Asamblea Nacional sobre la Reactivación del Proceso de Aplicación de la Carta Interamericana de la OEA, como mecanismo de resolución pacífica de conflictos para restituir el orden constitucional en Venezuela, que había sido dictado seis días antes, es decir, el 21 de marzo de 2017, puede decirse que en Venezuela se ha consolidado definitivamente una dictadura judicial conducida por el Tribunal Supremo de Justicia, actuando y dictando sentencias arbitrarias, es decir, literalmente, como le da la gana, sin importarle lo que pueda decir la Constitución o la ley, sin respetar las formas procesales constitucionales ni legales, y violando todos los principios más elementales del derecho y del proceso»⁷.

⁴ «Cómo el Tribunal Supremo de Venezuela le quita poder a la Asamblea Nacional controlada por la oposición», trabajo periodístico publicado el 31 de marzo de 2017 en la website
http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/03/160303_venezuela_tsj_asamblea_nacional_poderes_ab.

⁵ «Qué significa y qué consecuencias puede tener que el Tribunal Supremo de Venezuela asuma las funciones legislativas de la Asamblea mientras esta se mantenga "en desacato"», publicado el 31 de marzo de 2017, disponible en
<http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-39448001>.

⁶ «Venezuela: el líder opositor Henrique Capriles asegura en entrevista con BBC Mundo que "la decisión del TSJ es un golpe de Estado"», publicado el 31 de marzo de 2017, disponible en <http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-39450652>.

⁷ BREWER-CARIAS, Allan, *La consolidación de la Dictadura Judicial: la Sala Constitucional, en un juicio sin proceso, usurpó todos los poderes del Estado, decretó inconstitucionalmente un Estado de Excepción y eliminó la inmunidad parlamentaria (sentencia no. 155 de la Sala Constitucional)*, disponible en

Argumento que repitió con mayor énfasis al analizar la sentencia número 156/2017:

«(...) la Sala Constitucional, en su sentencia, dando sin duda un golpe de Estado, resolvió que “mientras persista la situación de desacato y de invalidez de las actuaciones de la Asamblea Nacional,” procedía a asumir de pleno derecho, inconstitucionalmente, la totalidad de las competencias de la Asamblea Nacional, y en consecuencia, a ejercer directamente todas las competencias parlamentarias de la misma, auto-atribuyéndose incluso la potestad de “delegar” el ejercicio de las mismas en “el órgano que ella disponga,” irónicamente “para velar por el Estado de Derecho” cuyos remanentes cimientos pulverizó con la decisión»⁸.

Las comentadas sentencias han despertado la desaprobación de connotados centros de estudios del país, como la Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas de la Universidad Central de Venezuela⁹, su cátedra de Derecho Cons-

<http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/04/148.-doc.-Brewer.-Consolidaci%C3%B3n-dictadura-judicial.-Sentencia-155-SC-27-marzo-2017.pdf>.

⁸ BREWER-CARIAS, Allan, *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)*, disponible en <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/04/149.-doc.-Brewer.-Usurpaci%C3%B3n-definitiva-funciones-AN-por-al-Sala-Const.-Sent-156-SC-29.3.pdf>.

⁹ «**Primero**. Al amparo de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley de Universidades y con sujeción al mandato contenido en los artículos 7 y 333 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, denunciamos la sistemática violación de la Carta Magna por parte del Tribunal Supremo de Justicia, especialmente por quienes ejercen como Magistrados de la Sala Constitucional, que faltando al deber que les impone el artículo 335 constitucional, abusando de sus funciones y actuando como agentes de una parcialidad política, la desconocen y vulneran, en lugar de preservar su integridad, su efectividad y su supremacía. / **Segundo**. En las recientes sentencias números 155 y 156, la Sala Constitucional, violentando la separación de poderes y excediendo los límites de sus atribuciones y funciones, culminó el proceso de demolición del modelo de Estado Republicano y rompió en forma notoria el orden constitucional, no solo al asignar al Presidente de la República competencias y facultades que lo convierten en un monarca absoluto; sino también al negar y desconocer la inmunidad parlamentaria, ignorando el mandato popular y en consecuencia, colocándose por encima del soberano. Por si fuera poco, declara asumir las competencias de la Asamblea Nacional pautadas por el constituyente, convirtiéndose así en juez y parte, mediante una grosera usurpación. / **Tercero**. En consecuencia, invocando nuestro deber y nuestro derecho constitucional de defender la Constitución, rechazamos categóricamente las referidas sentencias números 155 y 156, que además de vulnerar nuestro modelo de Estado Republicano y quebrantar el orden constitucional, ponen en grave peligro la paz y la seguridad jurídica de los venezolanos. / **Cuarto**. Saludamos positivamente la posición del Ministerio Público que en el día de hoy denunció, además de otras violaciones, la ruptura del orden constitucional y el desconocimiento del modelo de Estado consagrado en la Constitución. Por tanto, manifestamos nuestro total y absoluto respaldo, a las acciones que según la Constitución y la Ley le corresponde ejercer para el rescate de la institucionalidad, para la preservación de la paz y la seguridad y para que, los responsables de tan flagrante afrenta constitucional sean sancionados con la severidad que la gravedad de los hechos exige. / Dado en el Salón de Sesiones del Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. / Ciudad Universitaria, Caracas, 31 de marzo de 2017», disponible en <https://elpitazo.com/ultimas-noticias/facultad-ciencias-juridicas-politicas-ucv-rechaza-sentencias-155-156/>.

titucional¹⁰, así como la Universidad Católica Andrés Bello¹¹ han manifestado públicamente su repudio a la forma en que se desvirtuó la separación de poderes en dicha decisión. De igual forma, la Asociación Venezolana de Derecho Tributario¹², la Sociedad Venezolana de Filosofía¹³ también mani-

¹⁰ «La Cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, integrada por los profesores que imparten esta materia, reunidos por convocatoria expresa de la Jefatura de la misma, en virtud de las decisiones dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia anulando el ámbito de atribuciones de la Asamblea Nacional y asumiendo el ejercicio de las mismas, considera su deber emitir un pronunciamiento de conformidad con el artículo 2 de la Ley de Universidades, en los siguientes términos: / Las sentencias 155-17 y 156-17 de la Sala Constitucional constituyen actos arbitrarios que instauran una tiranía judicial y la ruptura del orden constitucional. / La consecuencia de esta aberración jurídica e institucional socava y ultima al Estado de Derecho y al Régimen de Libertades Públicas derogando materialmente la Constitución de la República. / Constituye un impretermitible deber ciudadano, estén estos investidos o no de autoridad, asumir la defensa, protección y garantía de la constitucionalidad de acuerdo con el artículo 333 de la Carta Fundamental. / Exhortamos al Poder Ciudadano para que actúe en el marco de las competencias del Consejo Moral Republicano. / Hacemos un llamado a la Fuerza Armada Nacional para que asegure la vigencia de la institucionalidad democrática. / Exigimos la inmediata liberación de los detenidos políticos que fueron privados de su libertad conculcando el debido proceso y violentando sus derechos ciudadanos. / A la representación nacional encarnada en la Asamblea Nacional vaya nuestra palabra de respaldo y solidaridad. / A tenor de las declaraciones de la Fiscal General de la República, calificando a las referidas sentencias 155-17 y 156-17 de la Sala Constitucional como “un desconocimiento del modelo de Estado establecido en la Constitución y una ruptura del orden constitucional”, solicitamos al Ministerio Público proceda, como titular de la acción penal, iniciar los procedimientos que correspondan contra los perpetradores de los delitos cometidos y los actos de transgresión del orden constitucional», 31 de marzo de 2017, disponible en

<http://www.talcauldigital.com/Nota/141047/catedra-de-derecho-de-la-ucv-se-pronuncia-sobre-sentencia-del-tsj>.

¹¹ «Facultad de Derecho de la UCAB rechazó sentencia del TSJ», publicado en el portal de noticias *La Patilla* en fecha 31 de marzo de 2017, disponible en

<https://www.lapatilla.com/site/2017/03/31/facultad-de-derecho-de-la-ucab-rechazo-sentencia-del-tsj/>.

¹² Disponible en <http://www.avdt.org.ve/avdt/index.php/noticias/item/589-pronunciamiento-avdt-sentencias-155-y-156-sala-constitucional-del-tsj>.

¹³ «Ante la reciente sentencia del Tribunal Supremo de Justicia que permite a la Sala Constitucional reemplazar en funciones a la Asamblea Nacional, la Sociedad Venezolana de Filosofía quiere expresar su más profundo rechazo a esta acción que socava los principios y fundamentos del orden democrático. Queremos expresar de forma enfática nuestro repudio a esta sentencia absurda que compromete la paz nacional y la estabilidad política, social y económica del país. / A lo largo de los últimos siglos, la filosofía política nos ha enseñado la importancia del equilibrio de los poderes, así como el respeto necesario que deben guardar entre sí, para que el sistema funcione. Las teorías, formas y modelos políticos más avanzados nos han enseñado cómo las sociedades y los gobiernos en la época contemporánea, funcionan en la medida en que existe un adecuado balance entre los poderes, en tanto el poder debe controlar al poder, con la finalidad de evitar los excesos y volver dinámico y estable al sistema. La forma política de la democracia se sustenta en los valores de respeto, igualdad, prudencia, cordura, sabiduría y sensatez, los cuales son una exigencia del pueblo venezolano en los actuales momentos. / En este sentido, hacemos un llamado a Tribunal Supremo de Justicia y a los sectores oficialistas que mantienen una actitud de confrontación para que recapaciten y retornen a la institucionalidad democrática, la cual debe estar enmarcada en los límites de la legalidad y la legitimidad. / Junta Directiva de la SVF», disponible en <http://elucabista.com/2017/03/31/sociedad-venezolana-de-filosofia-rechaza-sentencia-del-tsj/>.

festó su descontento, y la Asociación de Rectores Universitarios pidieron el restablecimiento del hilo constitucional¹⁴.

Por su parte, las Academias Nacionales hicieron un comunicado conjunto en fecha 31 de marzo de 2017, expresando:

«1.- En dichas sentencias, la Sala Constitucional (i) se atribuye a sí misma competencias legislativas de la Asamblea Nacional y la facultad de delegarlas en quienes y cuando lo considere conveniente; (ii) atribuye competencias legislativas al Presidente de la República y le ordena ejercerlas por encima de la reserva de las competencias del órgano legislativo; (iii) limita la inmunidad parlamentaria, mientras permanezca lo que ha llamado “situación de desacato y de invalidez de las actuaciones de la Asamblea Nacional”. En particular, la Sentencia 155, (iv) le otorga al Presidente de la República los poderes más amplios que haya tenido ciudadano alguno en la historia republicana venezolana, en violación del principio de separación de poderes, y desmonta el sistema de controles y contrapesos establecidos en la Constitución para el correcto funcionamiento entre las ramas del Poder Público, con el efecto de instaurar una concentración de poderes totalmente contraria a los principios y normas de la Constitución. Por lo tanto, la Sala Constitucional usurpó en modo flagrante la autoridad legislativa y se permite dictar normas y órdenes que solo corresponderían al Poder Constituyente, razón por la cual sería forzoso concluir que las Sentencias 155 y 156 carecen de efectos y son nulas, además hacen responsables a quienes las dictaron, según lo previsto en los artículos 25 y 138 de la Constitución.

2.- La Sentencia 155 desconoce el rango de norma constitucional que tiene la Carta Democrática Interamericana, suscrita por Venezuela, por lo que es absolutamente inadmisibles pretender criminalizar la conducta de cualquier venezolano que decida invocarla en su defensa, con independencia del lugar y circunstancias en que lo haga. Asimismo, desconoce su valor y el contenido, que exige a todos los Estados miembros tener un gobierno efectivamente representativo, con plena separación y respeto de poderes, y confiere a los ciudadanos el derecho a la democracia y al disfrute de las garantías inherentes a ella, preceptos básicos de la Constitución.

3.- La Sentencia 156 impone limitaciones ilegítimas a la inmunidad parlamentaria, garantía fundamental de la independencia de la Asamblea Nacional consagrada en el artículo 200 de la Carta Magna, para someterla a la discrecionalidad de otros poderes que pudieran calificar como ilícitos constitucionales o penales cualesquiera actuacio-

¹⁴ «Rectores universitarios piden que se restituya el hilo constitucional (Comunicado)», publicado el 18 de abril de 2017, disponible en <http://www.noticiasdevenezuela.org/2017/04/18/rectores-universitarios-piden-que-se-restituya-hilo-constitucional-comunicado/>.

nes de los diputados a conveniencia, bajo el alegato parcializado de un supuesto “estado de desacato” de los diputados opositores, con la finalidad de impedir el funcionamiento de la Asamblea.

4.- Con evidente extralimitación de sus competencias y desbordamiento de la función jurisdiccional, la Sala Constitucional conmina al Presidente de la República a “garantizar la gobernabilidad del país, y tome las medidas civiles, económicas, militares, penales, administrativas, jurídicas, políticas y sociales, que estime pertinentes y necesarias para evitar un estado de conmoción”, prevaleciendo de un estado de excepción espurio. Con ello le confiere un poder absoluto y autocrático para actuar, con independencia del principio de competencia legal que limita y encauza el ejercicio de toda función pública, y que exige el respeto de las competencias de los demás poderes.

5.- Por último, ambas sentencias han sido dictadas sin el debido proceso y sin permitir el ejercicio del derecho de defensa de las partes e interesados ni la participación obligatoria de los organismos públicos competentes, en el lapso de tres días la primera y de un día la segunda, omitiendo el procedimiento legalmente establecido e invocando un pretendido “control innominado de la constitucionalidad”, hechos que por sí solos revelan una gravísima anomalía jurídica y la violación de las más elementales garantías constitucionales de todo proceso.

Las Academias Nacionales consideran muy desacertadas las sentencias 155 y 156, sobre todo en momentos en el que el pueblo venezolano está reclamando el respeto de la Constitución, de los derechos ciudadanos y de las instituciones republicanas. Con estas decisiones la Sala Constitucional, contrariando el papel de garante de la legalidad, distorsiona la Constitución y atenta contra la soberanía popular.

Consecuentemente, al imponer criterios que no están establecidos en ninguna norma ni son reconocidos como valores superiores del sistema legal venezolano y de la actuación del Poder Público, la Sala Constitucional se coloca ilegítimamente por encima de la Constitución y la voluntad de los venezolanos»¹⁵.

Y el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos también emitió pronunciamiento al respecto, sentando 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

¹⁵ Disponible en

<http://acfiman.org/site/wp-content/uploads/2017/04/Declaraci%C3%B3n-de-las-Academias-Nacionales-ante-las-Sentencias-155-y-156.pdf>.

de dichas decisiones, es esencial que el Gobierno de Venezuela asegure la plena restauración del orden democrático»¹⁶.

Una de las voces más reputadas del país, como lo es la Conferencia Episcopal Venezolana, expresó su preocupación al respecto, y solicitó que:

«(...) Desconocer la existencia del otro y sus derechos es, sencillamente, destruir toda posibilidad de convivencia democrática y plural. Es más bien una provocación a la desesperanza ante el atropello de derechos fundamentales del que todo gobierno debe ser el primer garante. Por el contrario, *es necesario generar gestos valientes e iniciativas innovadoras que motiven a esperar contra toda esperanza (Cf. Rom. 4,18), para construir una convivencia libre, justa y fraterna; es tarea que nos compete a todos, cada cual según su posición. Es una responsabilidad ineludible porque frente al mal nadie puede permanecer como simple espectador. El llamado es a ser protagonistas del presente y del futuro de nuestro querido país (Exhortación de la CEV, Enero 2017).*

(...) No se puede permanecer pasivos, acobardados ni desesperanzados. Tenemos que defender nuestros derechos y los derechos de los demás. Es hora de preguntarse muy seria y responsablemente si no son válidas y oportunas, por ejemplo, la desobediencia civil, las manifestaciones pacíficas, los justos reclamos a los poderes públicos nacionales y/o internacionales y las protestas cívicas»¹⁷.

Incluso, algunos articulistas como Oscar Battaglini en su columna de opinión han afirmado que se trata del otorgamiento de unos auténticos «superpoderes»:

«Las sentencias 155 y 156, mediante las cuales el TSJ le otorga súperpoderes a Maduro, y se arroga atribuciones que, de acuerdo al texto constitucional vigente son de la estricta competencia de la Asamblea Nacional, a todas luces constituye un intento de golpe de Estad que las rectificaciones hechas a la carrera a dichas sentencias y a instancias del Consejo de Defensa de la Nación, no logran borrar o disipar»¹⁸.

¹⁶ Disponible en

http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-022/17.

¹⁷ Disponible en

<https://www.lapatilla.com/site/2017/03/31/conferencia-episcopal-venezolana-una-nacion-sin-parlamento-es-como-un-cuerpo-sin-alma-comunicado/>.

¹⁸ BATTAGLINI, Oscar, «Los superpoderes otorgados a Maduro por el TSJ» en el semanario *La Razón*, 09 de abril de 2017, página A4.

Sin embargo, como primero acotáramos, la estructura de las decisiones en cuestión ha permitido el terrible desenlace que ha erosionado el principio democrático y la constitución en sentido *lato*.

En efecto, ahí radica el *quid* del presente trabajo: la intención de la Sala sólo pudo cometerse en virtud de incurrir en varias violaciones a principios procesales sentenciales, sin los cuales habría sido imposible violar la constitución material, pues como se verá de seguidas, la constitución garantista sí fue ultrajada.

Esto fue posible porque el Juez Constitucional echó mano de una argumentación repleta de vicios formales y fundales, subterfugios y demás elementos retóricos que no erigen a la sentencia en una decisión plausible, sino por el contrario, en una decisión discutida desde el punto de vista científico.

Por su parte, el Dr. Román Duque Corredor, indicó que estas sentencias son una continuación de las otras decisiones ocurridas durante la presente legislatura, tendentes a cercenar «las funciones legislativas, de control y de investigación de la Asamblea Nacional»¹⁹.

Lo llamativo de estas declaraciones es que en días posteriores se les uniría, en lo tocante al repudio de lo jurídico de dichas decisiones, la Fiscal General de la República, Luisa Ortega Díaz en fecha 30 de marzo de 2017.

Estas declaraciones fueron apoyadas por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, a través de un comunicado, dejando sentado lo siguiente:

¹⁹ DUQUE CORREDOR, Román, «Necesitamos elecciones limpias», entrevista realizada por la periodista Myriam Mosquera, en la última página del semanario *La Razón*, 09 de abril de 2017.

«La Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Considera su deber manifestar su posición jurídica acerca de los hechos derivados de las Sentencias 155 y 156 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del modo siguiente:

Las Academias Nacionales, en declaración conjunta del 31 de marzo de 2017, expresaron su condena ante las decisiones 155 y 156 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, publicadas en fechas 27 y 29 de marzo de 2017, respectivamente, mediante las cuales –formalmente- se anula el Acuerdo de la Asamblea Nacional sobre la Reactivación del Proceso de Aplicación de la Carta Interamericana de la OEA, como Mecanismo de Resolución Pacífica de Conflictos para Restituir el Orden Constitucional en Venezuela, la primera, y se interpreta el artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la segunda.

En esta declaración conjunta se denunció la violación del debido proceso en la cual incurrieron estas sentencias, pretendiendo ejercer un “control innominado de la constitucionalidad” y se destacó la usurpación de funciones de la Asamblea Nacional, dado que la Sala Constitucional se atribuye a sí misma competencias legislativas de la Asamblea Nacional y la facultad de delegarlas en quienes y cuando lo considere conveniente, atribuyendo competencias legislativas al Presidente de la República, ordenándole ejercerlas por encima de la reserva de las competencias del órgano legislativo y limitando la inmunidad parlamentaria. Todo ello, mientras permanezca lo que ha llamado “situación de desacato y de invalidez de las actuaciones de la Asamblea Nacional”.

Los vicios de inconstitucionalidad que afectan estas sentencias, especificados en dicha declaración, condujeron a diversos pronunciamientos de las escuelas de derecho del país, así como a la expedición de la opinión de la Conferencia Episcopal Venezolana, según la cual, tales decisiones son moralmente inaceptables.

Como fue oportunamente advertido por esta Academia, ya la inconstitucional elección de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia en diciembre de 2015 por la Asamblea Nacional que precedió a la actual, había creado de hecho un solo poder, una confusión entre el poder de juzgar y el poder de ejecutar las leyes, condenado por la doctrina jurídica por su capacidad de convertirse en un poder opresor. La opresión creada por la actuación concertada entre el Poder Ejecutivo Nacional y el Poder Judicial, representado especialmente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha conducido a una situación antijurídica intolerable, desde el 5 de enero de 2016: sistemáticamente la Sala Constitucional ha declarado nulos los actos jurídicos emanados de la Asamblea Nacional, de modo que ésta ha quedado de hecho privada de sus potestades.

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales ha hecho varios pronunciamientos a través de los cuales ha precisado que tanto el Poder Ejecutivo Nacional, como el Tribunal Supremo de Justicia se han empeñado en adoptar decisiones que coliden con

los elementos configuradores de un estado constitucional y democrático de derecho, como son la soberanía popular, la división de poderes, la independencia de jurisdicción, las garantías de los derechos fundamentales, la constitución del país alrededor de un contrato social, la garantía de los derechos sociales y la dignidad humana. Dentro del marco descrito, esta Academia observa con preocupación que los acontecimientos posteriores al dictado de las sentencias mencionadas, no hacen más que confirmar que estamos en presencia de una grave ruptura del hilo constitucional.

En efecto, la Fiscal General de la República reconoció, en el acto de presentación del informe anual de su gestión, el día 31 de marzo del corriente año, que las sentencias 155 y 156 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia evidencian “varias violaciones del orden constitucional y el desconocimiento del modelo de Estado consagrado en la Constitución”. Vale decir, la Fiscal General reconoce que por virtud de dichas sentencias se produce una infracción del orden constitucional.

Estas declaraciones públicas, generaron la inmediata reacción del Ejecutivo quien, afectando desconocimiento de la posición de la Fiscal y del contenido de las sentencias 155 y 156, convocó al Consejo de Defensa de la Nación para resolver un presunto “impasse” que se habría producido entre la Fiscalía y el Tribunal Supremo de Justicia. Con celeridad inusual, en la madrugada del 1 de abril de 2017, el Presidente de la República presentó las conclusiones del Consejo de Defensa de la Nación ante la “controversia” relacionada con las sentencias Nro. 155 y 156 de la Sala Constitucional. Entre otros acuerdos, se comunicó que el Consejo de Defensa de la Nación decidió “exhortar” a la Sala Constitucional a “revisar” las sentencias Nro. 155 y 156, con el propósito de mantener la estabilidad institucional y equilibrio de poderes. Con lo cual, según se dijo, el “impasse” quedó superado.

Advierte esta Academia que, con este comunicado, el Consejo de Defensa de la Nación violó el artículo 323 de la Constitución, dado que lo acordado por él, excede claramente de sus competencias consultivas en materia de defensa. Incurrir, además, en una clara injerencia en las competencias constitucionales del máximo organismo del Poder Judicial al “exhortar” la revisión de las sentencias 155 y 156. Estas sentencias no pueden ser objeto de revisión alguna, en derecho. En lo que atañe a las aclaratorias de sentencias, cabe advertir que ellas sólo proceden para corregir errores materiales y no para alterar el fondo de una decisión.

Sin embargo, el Tribunal Supremo de Justicia, atendiendo solícitamente al llamado del Consejo de Defensa de la Nación, procuró “aclarar” el contenido de estos fallos, mediante las sentencias 157 y 158, las cuales pretenden remendar algunos de los excesos cometidos, sin realmente corregir los vicios estructurales que las afectan. Lo único que quedó realmente aclarado, es la falta de independencia del poder Judicial, en este caso.

Ante esta situación, la Academia se ve obligada a alertar a la Nación y a los Poderes Públicos sobre la confusa situación que se ha generado con las declaraciones de la

Fiscal General de la República, la convocatoria del Consejo de Defensa de la Nación, el exhorto que éste realizó a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y, finalmente, las “aclaratorias” que ella ha pretendido hacer, cumpliendo tal exhorto.

La conciencia jurídica y republicana no puede considerarse satisfecha ante tales hechos, pues éstos lo que hacen es patentizar el desorden institucional que afecta al país. En efecto, las declaraciones de la Fiscal, quien tiene a su cargo las facultades que le confiere el artículo 285 de la Constitución, si son de tal gravedad como el señalamiento de la ruptura del orden constitucional, exigen el ejercicio de las correspondientes acciones. De no ocurrir así, aumenta la perplejidad de los ciudadanos y su escepticismo ante la eficacia del derecho.

En verdad, no se trata de rectificaciones, sino de remiendos que en nada alteran las más de 46 sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que han conculcado las facultades constitucionales de la Asamblea Nacional, sin contar el inconstitucional proceso de renovación de nómina de los partidos, ni la decisión de la Sala Electoral que facilitó la suspensión del referendo revocatorio.

Se ha generado una situación de opacidad jurídica y política donde se ha decidido lo que no se debió decidir y no se decide lo que se debe decidir. Exigimos, por lo tanto, a los poderes constituidos, subsanar prontamente esta situación y no considerar como su enemigo a la sociedad que reclama sus derechos, sino que se inicie la verdadera rectificación que exige el orden democrático.

Sobre la base de todo lo anterior, esta Academia exige, nuevamente, la devolución inmediata y plena de las facultades constitucionales que le corresponden a la Asamblea Nacional. Asimismo, la Academia pide que la Fiscalía General de la República inicie el proceso legal correspondiente, para establecer las responsabilidades de los magistrados que participaron en la ruptura del orden constitucional, señalada por la Fiscal General ante el país»²⁰.

Las consecuencias tanto jurídicas como políticas de las decisiones han causado un antes y después del constitucionalismo venezolano o al menos, del derecho procesal constitucional, produciendo con ello un antecedente jurisprudencial deleznable de la propia Sala Constitucional —y del Tribunal Supremo de Justicia en su conjunto— que podría erosionar sistemáticamente aún más los derechos fundamentales de los venezolanos.

²⁰ Disponible en

[http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/Pronunciamiento%20Sentencias%20155%20y%20156%20\(1\).pdf](http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/Pronunciamiento%20Sentencias%20155%20y%20156%20(1).pdf).

A la par de dichas consideraciones de orden material, ahora nos ceñiremos a los postulados de orden formal que circundan a las sentencias 155 y 156 de 217, junto a sus «aclaratorias» números 156 y 158, respectivamente. A ese tipo de razonamiento, que es en definitiva el canal por donde transitó a buen puerto semejante desmán constitucional, será el objeto del presente estudio.

I. LA GARANTÍA *IUSFUNDAMENTAL* DE LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

La motivación de la sentencia, además de ser un requisito de rango legal, es una garantía constitucional: este hecho no viene dado por la plasmación expresa de este presupuesto procesal, por cuanto ello no existe en esos términos en la constitución, sino que es un instituto constitucional-procesal intrínseco, y aunado a ello, es también un elemento inherente a uno de los principios contenidos en la Norma Fundamental: la tutela judicial efectiva.

Su configuración constitucional intrínseca, así como el tratamiento debido que los órganos jurisdiccionales le han dado, es lo que abordaremos de seguidas en forma sistemática.

a. La función judicial como garantía iusfundamental del Estado

El Estado, para ser plenamente operativo, debe separar cada una de sus funciones. Es un elemento de gerencia gubernamental. Esta separación se realiza a través de la segmentación constitucional de las grandes —y principales— actividades de una nación: la llamada separación de poderes no es más que la distribución de competencias primarias —y relativamente concurrentes— con las cuales se funda la República y se concreta la constitución.

En efecto, cuando indicamos que dicha separación es un elemento determinante en la concreción de la constitución no hacemos una hipérbole, sino que aludimos al germen mismo del constitucionalismo: el artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 concibió el concepto de constitución al positivizar que «Todo Estado que no acoja la garantía de los derechos individuales y el principio de separación de poderes, carece de Constitución».

Es decir, todo documento normativo que ha de denominarse «constitución» debe inconcusamente consagrar, por un lado, la correcta, directa, concreta y objetiva separación de poderes, y por el otro, garantizar la vigencia de los derechos subjetivos de los ciudadanos, lo cual hace alusión no a cualquier tipología de derechos, sino a los derechos fundamentales.

La construcción de un Estado formado bajo el constitucionalismo moderno debe a *prima facie* establecer una clara separación de las funciones estatales pues, por un lado, de esa forma se hace efectivo el ejercicio de dichas actividades, y por el otro, dentro del contrato social que es la constitución, el Estado, siendo esa forma ficticia en que la colectividad deposita sus pretensiones, expectativas e intereses en pro de vivir adecuadamente, debe garantizarle a los ciudadanos que las funciones que le han sido encomendadas se desarrollaran plenamente. Es decir, la separación de poderes es la garantía de un eficaz cumplimiento de obligaciones político-estatales, por llamarlo de algún modo

En Venezuela, la constitución de 1999 consagra la separación de poderes en su artículo 136 de la siguiente manera:

«**Artículo 136.** 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».

Hemos apuntado en otro lado²¹ que la redacción de dicha norma es errada: no existe «distribución» del Poder Público, sino distribución de funciones en cada uno de dichos poderes: el Constituyente quiso que, en atención a la corriente constitucionalista moderna es el ciudadano —y el colectivo en sentido genérico— el que autoriza la «suscripción» de ese contrato social que es la Carta Magna, y por lo tanto, de él emana la autorización a los entes del Estado para ejecutar funciones públicas, y por supuesto, de ellos dimana igualmente la forma en que ese ejercicio ha de llevarse a cabo. En ese sentido, los poderes públicos se configuran en forma escalonada, o quizá imbricada, en atención al ente más cercano al ciudadano —en este caso, el municipio— hasta llegar a la cúspide del poder público —en ese sentido, el poder central o nacional—, los cuales serán las personas jurídica encargadas de ejecutar las actividades que sí se distribuirán.

Por ello, la redacción de dicha norma es infeliz: la separación de poderes es la división político-territorial habido entre los referidos entes que efectuarán las funciones estatales en la forma en que la propia constitución ha dispuesto: ejercerán las funciones administrativas, legislativas, judiciales, morales y electorales —estas dos últimas, una innovación de la constitución de 1999— en forma distributiva, es decir, independientemente de que cada en-

²¹ JIMÉNEZ ESCALONA, Víctor, «La revisión constitucional y su impacto sobre la cosa juzgada», en *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional*, número 8, febrero 2017, pp. 651-703.

te tendrá sus funciones específicas o primarias, ello no significa que puedan en determinados momentos y bajo ciertos y específicos casos, realizar funciones que no les son connaturales sino secundarias, esto es, que no son sus actividades primarias, sino que les competen prevalentemente a otra rama del poder público, pero que igualmente puede desempeñarla en función de la concurrencia que dichas actividades deben disponer.

Así las cosas, la función legislativa compete principalmente al Poder Legislativo, pero no es óbice para que el poder judicial, cuya principal actividad es la resolución de conflictos, dicte su reglamento, aparejándose con la función legislativa antes comentada, en el sentido de producir un documento normativo parecido en cuanto a esencia a las leyes; y a su vez, cuando dicho poder realiza designaciones de funcionarios judiciales, verbigracia, los jueces, ejecuta una función administrativa parecida a las que realiza la administración pública cuando designa funcionarios públicos.

En lo tocante a la función judicial, la misma se define como la actividad del Estado consistente en resolver las disputas o controversias jurídicas habidas entre los distintos sujetos de derecho, incluyendo, por argumento sistemático, a los Poderes Públicos, en cuanto sujetos de derecho público. Esta función primara es ejercida por el poder judicial.

La definición que aportáramos sobre la función jurisdiccional pone de relieve que esta actividad es una garantía: la garantía de las demás funciones, diríamos. En efecto, esto es así por cuanto al existir algún tipo de disconformidad con lo objetivamente diseñado en el reparto constitucional de las funciones y el ejercicio de los demás entes públicos, compete a los órganos

jurisdiccionales dirimir la controversia suscitada entre la legitimidad de dicho accionar y lo prescrito en la Carta Magna. Porque incluso, la actividad legislativa es sometida a dicho escrutinio en el desempeño de sus desarrollo, bien porque existiese incumplimiento de la obligación de ejercer dicha obligación por parte del Parlamento, bien porque los actos legislativos —y los demás actos parlamentarios sin forma de ley— poseen vicios en su formación o en su contenido que los hacen nulos o anulables.

Entonces la función jurisdiccional es una actividad que tiene por norte asegurar la vigencia de las demás actividades estatales, por un lado, y además salvaguardar los derechos fundamentales —y los demás derechos tanto subjetivos como colectivos constitucionales y legales— de los ciudadanos, por el otro lado. Así las cosas, dicha concepción permite entrever que la actividad jurisdiccional se encuentra imbricada con la definición de constitución arriba anotada, por lo tanto, la función judicial es una auténtica garantía constitucional, o si se quiere, una garantía de la vigencia y eficacia de la constitución y los derechos constitucionales.

Por ello, la propia constitución reguló los principios y macro-conceptos del derecho procesal como modo de configurar los medios en que ella misma ha de ser protegida y respetada.

No es baladí que la constitución haya situado la estructura del derecho procesal en el capítulo referido al título III «De los derechos humanos y garantías, y de los deberes» porque el derecho procesal como conjunto de normas, medios y conceptos atinentes a la protección de los derechos materiales de los justiciables, es, tanto desde el punto de vista teórico y práctico, una ga-

rantía *iusfundamental*, es decir, es un derecho humano concretamente plasmado en la constitución.

Y es que a tenor de la mejor doctrina en materia de derechos fundamentales, los derechos procesales no son más que derechos humanos secundarios de índole público, en tanto y en cuanto son medios de protección de los derechos primarios.

En palabras de Joan Picó i Junoy:

«(...) La Constitución —como destaca Trocker— aparece como el instrumento más idóneo para instaurar un nuevo orden político y social y para dar una respuesta válida a los angustiosos interrogantes del momento histórico de la post-guerra. Y dentro de ese orden —advierte Fix Zamudio— la verdadera garantía de los derechos de la persona consiste en su protección procesal, para lo cual es necesario distinguir entre los derechos del hombre y las garantías de tales derechos, que no son otras que los medios procesales mediante los cuales es posible su realización y eficacia»²².

Es por ello que el derecho procesal se encuentra positivizado en la constitución, como manera de plasmar concretamente en ella la función jurisdiccional contenida en el citado artículo 136: por un lado, es la manera de hacer palmario las herramientas públicas para llevar a cabo el valor constitucional de justicia²³, y por el otro, es la manera de vincular concretamente al legislador para el desarrollado legislativo de estos principios constitucionales.

²² PICÓ i JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, JJ. M. Bosch Editor, Barcelona, año 1997, pp. 17-18.

²³ «**Artículo 2.** Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, **que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación**, la vida, la libertad, **la justicia**, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social **y en general, la preeminencia de los derechos humanos**, la ética y el pluralismo político» (Resaltado nuestro). CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Gaceta Oficial Extraordinaria número 36.860 del 30 de diciembre de 1999, reimpresa por errores materiales del ente emisor en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 5.453 del 24 de marzo de 2000.

De ahí que los principios procesales como la tutela judicial efectiva y el proceso debido se hallan insertos en el citado título III de la constitución.

Podríamos concluir este razonamiento indicando que el derecho procesal es una herramienta de la función judicial, siendo ésta última otra herramienta —o garantía— de las otras funciones del Poder Público, pues asegura la vigencia y eficacia de las demás actividades del Estado.

Pero esta garantía solo podría ser completada en la medida en que la misma sea racional y razonable. El derecho procesal es una ciencia jurídica encargada de la tutela judicial de los derechos materiales que son objeto de su estudio, pero dicha protección encuentra asidero en el razonamiento que los órganos de administración de justicia deben impregnarle a sus decisiones.

Hemos comentado en otro lugar que las decisiones jurisdiccionales son, ante todo, actos jurídicos²⁴, y por lo tanto, actos de voluntad con consecuencias jurídicas. Es decir: actos dotados de sentido. La sentencia judicial es un acto jurídico particularizado tendente a resolver una disputa, conflicto o duda que le ha sido planteada. Dentro del elenco de fallos que pueden adoptar los tribunales, es la decisión primordial del Poder Judicial.

Pero estas decisiones carecerían de validez si las mismas no están dotadas de sentido. Un fallo con errores en la formación de su motivación es una decisión condenada a su invalidez, por un lado, y por el otro, podría entreverse la naturaleza de la postura en que el juez ha tomado partido.

²⁴ JIMÉNEZ, Víctor, *op. cit.*, pp. 651-703.

Si la decisión judicial es un acto de voluntad, dicho acto puede ser legítimo o ilegítimo. En el primero de los casos estamos en presencia de una decisión que ha sido obrada en derecho, con pleno razonamiento jurídico, donde las partes pueden entender a cabalidad los porqués del fallo, en atención a los alegatos y a las pruebas que fueron presentados en el juicio —los cuales surtieron los efecto de ley—. En cambio, en el segundo supuesto, estamos en presencia de una decisión espuria, muchas veces arbitrarias, con un razonamiento nulo o anulable —dependiendo del caso—, cuyo control de la legalidad y de la constitucionalidad sólo es posible mediante el ejercicio de efectivos recursos de ley. Pero ¿qué ocurre cuando dicha sentencia espuria es proferida por el Alto Juzgado de la República en única instancia? ¿Dónde queda el control legal y constitucional de las mismas? ¿Están condenados los afectados de dicha sentencia a la firmeza de su juicio —efecto de cosa juzgada material, por cuanto la cosa juzgada formal operó en dicho ejemplo *ope legis*— y a sufrir la ejecución ilegítima del mismo?

b. La concreción de la tutela judicial efectiva a través de la motivación de las sentencia

La motivación de la sentencia, como hemos indicado, es una garantía constitucional intrínseca, es decir, no nominada en el cuerpo de la constitución, pero inherente al conjunto de garantías que ella positiviza. La Corte Constitucional de Colombia, en uno de sus fallos, expresó que la motivación es tanto derecho constitucional de los justiciables como deber de los judicantes:

«La motivación de los fallos judiciales es un deber de los jueces y un derecho fundamental de los ciudadanos, como posición jurídica concreta derivada del debido proce-

so. Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. La incidencia de los derechos fundamentales en todas las áreas del derecho y la obligación de los jueces y operadores jurídicos de aplicar las reglas legales y/o reglamentarias sólo en la medida en que sean conformes con la Carta Política (aspectos conocidos en la doctrina constitucional como efecto irradiación, interpretación conforme y carácter normativo de la Constitución) exigen del juez un ejercicio interpretativo calificado que dé cuenta del ajuste entre su interpretación y los mandatos superiores, y que le permita, mediante el despliegue de una argumentación que tome en cuenta todos los factores relevantes, administrar el pluralismo de los principios constitucionales.

....Omissis...

La motivación es un derecho constitucional derivado, a su vez, del derecho genérico al debido proceso. Esto se explica porque sólo mediante la motivación pueden excluirse decisiones arbitrarias por parte de los poderes públicos, y porque sólo cuando la persona conoce las razones de una decisión puede controvertirla y ejercer así su derecho de defensa. En el caso de los jueces de última instancia, la motivación es, también, su fuente de legitimación democrática, y el control ciudadano se convierte en un valioso medio para corregir posturas adoptadas en el pasado y eventualmente injustas o poco adecuadas para nuevas circunstancias jurídicas y sociales»²⁵.

Nuestro Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional ha sido vacilante en cuanto a la ubicación que ella considera que tiene la motivación en los macros principios procesales: por un lado, lo ubican en el proceso debido:

«Aunque no lo dice expresamente el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es de la esencia de dicha norma, que todo fallo debe ser motivado, de manera que las partes conozcan los motivos de la absolución o de la condena, del por qué se declara con o sin lugar una demanda. Solo así, puede calificarse el error judicial a que se refiere el numeral 8 del citado artículo 49; sólo así, puede tener lugar el acto de juzgamiento, el cual corresponde a los jueces, según el numeral 4 del mismo artículo; sólo así, puede determinarse si a la persona se le san-

²⁵ Sentencia número T-2014/2012.

ción por actos u omisiones, como lo establece el numeral 6 del mencionado artículo; y es más, todo acto de juzgamiento, a juicio de esta Sala, debe contener una motivación, que es la que caracteriza el juzgar. Es la falta de motivación de la sentencia, en criterio de esta Sala, un vicio que afecta el orden público, ya que todo el sistema de responsabilidad civil de los jueces no podría aplicarse y la cosa juzgada no se conocería como se obtuvo, y principios rectores como el de congruencia y de la defensa se minimizarían, por lo cual surgiría un caos social»²⁶ (Negrillas del autor del presente trabajo).

Pero la doctrina lo ha ubicado en la tutela judicial efectiva:

«La motivación de la sentencia como manifestación de la tutela judicial efectiva, garantiza el derecho a la defensa y de las partes pues a través de la misma es que puede controlarse la constitucionalidad y legalidad del pronunciamiento judicial, de manera que la motivación de la sentencia evita la arbitrariedad de los fallos judiciales, pues el juzgador debe atenerse a la legalidad y argumentar las razones que lo llevaron a emitir su pronunciamiento, pero igualmente, la motivación del fallo persuade a los ciudadanos y les da el conocimiento de los mecanismos intelectuales que originaron la sentencia, más aún, la motivación del fallo judicial permite al ciudadano confiar en su sistema de justicia, en su Poder Judicial y en sus jueces, decisiones inmotivadas a propósito de arbitrariedad judicial; de imposibilidad de control por la vía recursiva ordinaria o extraordinaria, conlleva al desconocimiento del estado de derecho y de justicia y produce una influencia negativa en la colectividad, en los ciudadanos al producirles desconfianza un sistema con jueces que no explican el criterio seguido para resolver los conflictos judiciales, de manera que la falta de motivación no sólo es un problema que afecta a la tutela judicial efectiva, es un problema más amplio que afecta a la sociedad, a la confianza en el sistema de justicia, en los jueces y en la democracia, pues un país donde su Poder Judicial sea político y arbitrario, mal puede llamarse democrático y apegado a la Constitución y leyes»²⁷.

La doctrina explica que la motivación, como todo, es un requisito de la sentencia en el sentido que:

«(...) consiste en la expresión de los motivos de hecho y de derecho de la decisión. En esta parte de su fallo, el Juez afirma la existencia de la norma jurídica, su vigencia

²⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 150, de fecha 24 de marzo de 2000, expediente número 0130, contenido de Amparo contra sentencia incoado por José Gustavo Di Mase Urbaneja y Carmen Elisa Sosa Pérez, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/150-240300-0130.HTM>

²⁷ BELLO TABARES, Humberto E. T., *La Casación Civil, propuestas para un recurso eficaz y constitucional*, Ediciones Paredes, Caracas, año 2010, p. 469.

y sus límites temporales, espaciales y personales. Además, afirma el sentido de la norma y subsume en ella los hechos ciertos. En otras palabras, señala la ley aplicable, interpreta su alcance, analiza los hechos demostrados y los asemeja o diferencia con el supuesto de la norma, y concluye aplicando o no el efecto completo de la misma. Diciéndolo de otro modo, **por motivación se contiene todo el proceso lógico jurídico seguido por el Juez para llegar a la conclusión del fallo**. Es decir, el silogismo judicial que significa la sentencia (Premisa mayor: la ley. Premisa menor: subsunción del hecho en el supuesto legal. Y conclusión: determinación del efecto jurídico)²⁸ (Negrillas del autor del presente trabajo).

Además, la doctrina explica el porqué de la obligación de motivar los fallos judiciales, en virtud, pues, de que:

«La obligación de motivar las sentencias es un acto que corresponde al juez y constituye una garantía contra la arbitrariedad precisamente porque, a través de la motivación, se puede distinguir entre lo que es una imposición autoritaria de un fallo y lo que es una decisión imparcial. Por eso, Ferrajoli quien ha escrito una de las obras de más importancia sobre los límites del poder, ha señalado que la motivación es la garantía de cierre en un sistema que pretende ser racional. Y afirma que la motivación tiene un valor “endoprosesal” de garantía de derecho de defensa y también un valor “extraprosesal” de garantía de publicidad. Igualmente, considera la motivación “como el principal parámetro tanto de la legitimación interna o jurídica como de la externa o democrática de la función judicial”²⁹.

De igual forma la doctrina judicial de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia ha expuesto:

«(...) el requisito de motivación impone al juez el deber de expresar en la sentencia los motivos de hecho y de derecho que sustentan lo decidido. Los primeros están conformados por el establecimiento de los hechos con ajustamiento a las pruebas que los demuestran, y los segundos por las normas y principios jurídicos que el juez aplicó para resolver la controversia. En relación con estos últimos, es conveniente aclarar que no importa la falta de cita de preceptos legales, sino la indicación de la norma allí contenida»³⁰.

²⁸ DUQUE CORREDOR, Román J, *Apuntaciones sobre el procedimiento civil ordinario*, Tomo I, Ediciones Fundación Projusticia, Colección Manuales de Derecho, Caracas, año 2000, p. 416.

²⁹ ESCOVAR LEÓN, Ramón, *La motivación de la sentencia y su relación con la argumentación jurídica*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 57, Caracas, año 2001, p. 59.

³⁰ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 08, de fecha 17 de febrero de 2000, expediente número 99-573, contenido del Recurso de Casación incoado por Rafael Enrique Bello Campo, con

Así, pues, esta operación intelectual desarrollada por el Juzgador entraña la obligación ineluctable por parte de los Jueces, cuyo incumplimiento podría dar lugar a recurrir de la sentencia por inmotivación o motivación exigua. Pero además, como afirma una parte de la doctrina, aún cuando la argumentación judicial no se encuentra en la Carta Magna sino en la ley procesal, su naturaleza es innegablemente constitucional, pues es esencia misma del proceso debido³¹.

La tutela judicial efectiva es una garantía procesal configurada como un principio constitucional, que tiene por finalidad la optimización del proceso en procura de alcanzar una decisión ajustada a derecho. Es decir, lo que persigue es la razonabilidad de las diversas actuaciones que se suscitan en el proceso judicial.

Es por ello que la sentencia, en cuanto a su motivación, tiene vinculación con el principio de la tutela judicial efectiva, en virtud de que la fundamentación del fallo es una garantía de idoneidad del proceso: en él se hallan concatenados los elementos determinantes de la decisión tomada, no como mera explicación de lo ocurrido en el juicio sino la plasmación de los motivos de hecho y de derecho que llevaron al juez a tomar su postura.

Esta idoneidad es lo que apareja una protección o tutela eficaz: de ahí que sea ese principio el que se interrelaciona con la motivación de la sentencia, en cuanto discurso justificatorio.

c. La argumentación jurídica como garantía constitucional

ponencia del Magistrado Antonio Ramírez Jiménez, disponible en
<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/febrero/08-170200-99573.HTM>

³¹ PETIT GUERRA, Luis Alberto, Estudios sobre el Debido Proceso, una visión global: argumentaciones como derecho fundamental y humano, Ediciones Paredes, Caracas, año 2011, p. 102.

El corolario de lo expuesto nos obliga a plantearnos la pregunta de si la argumentación jurídica es también una garantía constitucional.

La argumentación jurídica ha sido conceptualizada por la doctrina de mejor factura como:

«La argumentación es la actividad de formular argumentos a favor o en contra de algo. Esto se puede hacer en contextos especulativos o prácticos. En cuestiones puramente especulativas, se aducen argumentos a favor o en contra de una creencia sobre lo que se considera verdadero. En contextos prácticos, se aducen argumentos que pueden ser, o razones en contra o a favor de hacer algo, o razones para sostener una opinión sobre lo que debe, podría o puede hacerse»³².

La doctrina también relaciona a la argumentación jurídica con el propio concepto del Estado Constitucional, acaso como forma de justificar a éste, pues:

«(...) El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado Liberal de Derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: el imperio de la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de la justificación de las decisiones de los órganos públicos; y que el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica haya corrido también paralela la progresiva implantación del modelo del Estado constitucional»³³.

Por su parte, la Sala de Casación Civil ha indicado respecto a la argumentación jurídica:

«No obstante, esta Sala conforme con la doctrina que ha expresado que el silogismo judicial no explica cabalmente la motivación de la sentencia, vale decir, lo que debe caracterizar a una sentencia correctamente motivada, estableció, mediante sentencia N° 267, del 7 de julio de 2010, caso: **Carlos Luis Pirela Castillo contra Compañía Nacional Anónima de Seguros La Previsora**, que debe marcarse ya una “...*distancia con el concepto clásico de silogismo jurídico simple, pues la corriente contemporánea de la argumentación jurídica ha dejado claro que el juez se sirve de varios procesos ar-*

³² MacCORMICK, Neil, «Argumentación e interpretación en el derecho», en *Doxa, cuadernos de filosofía del derecho*, número 33, año 2010, p. 66.

³³ ATIENZA, Manuel, «Argumentación jurídica y Estado constitucional», en *Anales de la jurisprudencia, Estudios Jurídicos, revista del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, México, p. 354.

gumentativos y no se limita a uno solo y mecánico encuadre de premisas que darán una conclusión...”.

Es decir, la lógica y argumentación jurídica contemporánea, exige que las decisiones de la justicia recurran a las técnicas argumentativas, pues se trata de motivar las decisiones, mostrando su conformidad con el derecho positivo. La argumentación judicial, tiene que ser específica, pues tiene por misión mostrar cómo la mejor interpretación de la ley se concilia con la mejor solución del caso concreto.

Es necesario entonces destacar, que el juzgador al redactar su fallo, debe indicar las razones que justifican la aplicación al caso concreto de las normas escogidas para resolver la controversia.

Es aquí donde cobra singular importancia, que la motivación de la decisión demuestre con suficiencia, que es producto del derecho en vigor, tal como lo comprenden las instancias superiores de los tribunales de La República y la opinión de los juristas calificados. Así, toda la estructura argumentativa de la sentencia, debe tender a hacer comprender, que la decisión adoptada por el jurisdicente, responde a estas exigencias.

Motivar es justificar la decisión tomada proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundado de la opción adoptada por el juez al resolver la controversia. Por ello, debe explicar con claridad las razones del fallo de una manera que transmita certeza y seguridad a los litigantes, de que la sentencia no es una toma de posición arbitraria, ya que no basta que la decisión parezca equitativa; es preciso además que se produzca ajustada con el derecho en vigor.

Bajo esta concepción, se enmarcan las ilustres palabras expuestas por el Maestro uruguayo desaparecido físicamente Eduardo Couture, quien al referirse a la motivación del fallo, precisó lo siguiente:

“...La motivación del fallo constituye un deber administrativo del magistrado. La ley se lo impone como una manera de fiscalizar su actividad intelectual frente al caso, a los efectos de poderse comprobar que su decisión es un acto reflexivo, emanado de un estudio de las circunstancias particulares, y no un acto discrecional de su voluntad autoritaria.

Una sentencia sin motivación priva a las partes del más elemental de sus poderes de fiscalización sobre los procesos reflexivos del magistrado...” (Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal, Tercera Edición, Ediciones Desalma, Buenos Aires 1981).

Concebida entonces, una correcta argumentación jurídica, la vía para lograr una cabal motivación del fallo, el razonamiento jurídico expresado y justificado por el juez en la sentencia, en un sentido amplio, es lo que realmente permitirá, que las partes del juicio queden convencidas de que fue emitida una decisión objetiva y no arbitraria, en estricto acatamiento al ordenamiento jurídico positivo, que al mismo tiempo brinde, a los ciudadanos en general, conocer las razones que soportan tal decisión.

En ese sentido, la Sala Constitucional de este Alto Tribunal, mediante sentencia N° 1676 de fecha 3 de agosto de 2007, caso: Francisco Rafael Croce y otros, refiriéndose a la motivación de los fallos como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, nos explica lo siguiente:

“...El derecho de los justiciables a tener una decisión fundada en derecho, así como el derecho a conocer las razones de las decisiones judiciales, es decir, a una decisión motivada, constituyen derivaciones específicas del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En virtud de tales derechos, y sin perjuicio de la libertad del juez en la interpretación de las normas, el justiciable tiene la posibilidad de **apreciar que la solución que se ha dado al caso concreto obedece a una exégesis racional del ordenamiento jurídico y no a la arbitrariedad**. En efecto, la motivación de la sentencia constituye una consecuencia esencial de la función que desempeñan los jueces y de la vinculación de éstos a la ley, siendo también que este requisito constituye para el justiciable un mecanismo esencial para contrastar la razonabilidad de la decisión, a los fines de poder ejercer los recursos correspondientes, y en último término, para oponerse a las resoluciones judiciales arbitrarias...”. (Negritas, y subrayado de esta Sala de Casación Civil).

Por su parte, esta Sala, refiriéndose a la motivación, entre otras decisiones, mediante sentencia N° 318, de fecha 23 de mayo de 2008, (Caso: Instituto de Beneficencia Pública y Bienestar Social del estado Táchira contra Gerardo Mendoza y otra), ha puntualizado lo siguiente:

“...dispone el artículo 243, en su numeral 4° del Código de Procedimiento Civil, que toda sentencia debe contener los motivos de hecho y de derecho que sustentan la decisión.

Al respecto, mediante sentencia N° 291 de fecha 31 de mayo de 2005, (Caso: Manuel Rodríguez c/ Estación de Servicios El Rosal C.A.), esta Sala señaló al respecto, lo siguiente:

“...Uno de los requisitos formales de la sentencia es el que prevé el artículo 243 ordinal 4° del Código de Procedimiento Civil, que es el referido a la motivación del fallo; requisito que obliga a los jueces a expresar los motivos de hecho y de derecho de la decisión; al mismo tiempo, exige que la sentencia sea el resultado de un juicio lógico fundado en el derecho y en las circunstancias de hecho comprobadas en la causa. De esta manera, se controla la arbitrariedad del sentenciador, pues le impone justificar el razonamiento lógico que siguió para establecer el dispositivo y, garantiza adicionalmente, el legítimo derecho de defensa de las partes, al conocer éstas los motivos de la decisión, ya que si no están de acuerdo con la argumentación dada por el sentenciador, podrán interponer los recursos previstos en la ley para la revisión de la legalidad del fallo.

En este sentido, la Sala ha señalado que “...El requisito de la motivación del fallo previsto en el artículo 243 ordinal 4º, del Código de Procedimiento Civil, obliga al sentenciador a expresar los motivos de hecho y de derecho de la decisión, protegiéndose de esta manera a las partes contra lo arbitrario, y exigiendo del juez la elaboración de un fallo que resulte de un juicio lógico fundado en el derecho y en las circunstancias de hecho comprobadas en la causa...Como el poder del juez al momento de su decisión se encuentra vinculado al derecho (*quaestio iuris*) y a la certeza de los hechos (*quaestio facti*), se sigue de aquí que la motivación del fallo ha de comprender ambas cuestiones, como expresamente lo exige la norma procesal antes citada...”. (Sent. 21/5/97, caso: Jesús Alberto Pisani c/ Banco Caroní, C.A.).

..Omissis...

Del precedente criterio jurisprudencial, que hoy se reitera, queda claro que conforme al numeral 4º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, es requisito de toda sentencia, aportar los motivos de hecho y de derecho en los cuales se fundamenta. En otras palabras, el juez tiene el deber de explicar su decisión, esto es, hacerla comprensible mediante la descripción de las causas que lo condujeron a tomar tal determinación...”. (Cursivas de la Sala).

Asimismo, muy particularmente en lo que respecta a la motivación de derecho, esta Sala ha venido estableciendo reiteradamente, entre otras decisiones, mediante sentencia número 38, de fecha 21 de febrero de 2007, caso: **Edixio José Nava Luzardo contra Oswaldo José Bohórquez Cano y otro**, en el expediente N° 04-079, ratificada mediante fallo N° 74 del 15 de marzo de 2010, en el expediente N° 09-570, lo siguiente:

“...respecto de la motivación de derecho, la Sala deja sentado que la expresión de los motivos de derecho no consiste necesariamente en la cita de las disposiciones legales aplicables al caso concreto, sino más bien lo que caracteriza esta etapa de la labor del juez, es precisamente la subsunción de los hechos alegados probados en juicio, en las normas jurídicas que la prevén...”³⁴.

Es indisputable en la actualidad que la argumentación jurídica es una auténtica herramienta del jurista, por cuanto le otorga los elementos capitales de razonamiento para convencer, bien al decisor, cuando el argumento es elaborado por los abogados litigantes, o bien por el juez, cuando en su labor jurisdiccional debe fundamentar su fallo. En este último *ítem* estamos en presencia de la argumentación judicial, la cual es esa especie de la argumenta-

³⁴ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 111 de fecha 24 de mayo de 2011, caso: *Henry Infante vs. Policlínica Maturín, S. A., y Abdonis Orence*, con ponencia de la Magistrada Dra. Isbelia Pérez Velásquez.

ción jurídica que tiene como particularidad la de ser un razonamiento producido por el juez a los fines de convertir en plausible —y razonable— su decisión.

Si la argumentación judicial es, como bien apuntamos, una herramienta impretermitible del judicante para justificar su decisión, es lógicamente concluyente que dicho razonamiento es una garantía de la —a su vez— garantía constitucional-procesal de la motivación del fallo. Es decir, la única forma de dotar de sentido una decisión es argumentando con idoneidad, estructurando una fundamentación lógicamente aceptable, donde no sólo los justiciables sino la colectividad puedan entender porqué el juez tomó el camino que le permitió resolver el conflicto.

Así las cosas, luce preclaro que la argumentación judicial es un obligación/necesidad que toda decisión debe contener, porque en definitivas este acto de justificación del fallo es una garantía más del justiciable frente a cualquier arbitrariedad de las autoridades judiciales, además de servirle como corolario del proceso debido, pues, insistimos, existe una relación consustancial entre ambas figuras procesales —proceso debido y motivación de la sentencia— de modo que esta combinación binaria es requisito elemental para la consecución de la Tutela Eficaz (Art. 26 de la Constitución).

Es decir, la argumentación jurídica es una garantía constitucional pues en ella se ubica la obligación jurisdiccional de racionalizar y de razonar las decisiones, dándoles forma y dotando de sentido al cuerpo sentencial, permitiendo de esta forma que los justiciables y la colectividad estén al tanto de la ruta que tomó la operación intelectual del judicante, abriéndose con esto el

control constitucional y legal del fallo que le asiste a las partes en el eventual caso de disconformidad con el resultado.

Pero esto último, nos obliga a preguntarnos si es legítima la decisión de un juez que en primer lugar contiene una argumentación bastante pobre, donde no permite observarse con claridad cuál fue el camino legítimo que tomó para decidir, y además, se entrevé que ese camino fue pedregoso, intrincado, no plausible, originando una decisión espuria.

Este es el *quid* de lo que ocurre cuando una decisión de la Sala Constitucional posee argumentos irrazonables. Recordemos que dicha Sala ha dicho que contra sus decisiones no existen ningún tipo de recursos, por cuanto la firmeza de dicho fallo opera inmediatamente. Entonces se patentiza una inseguridad jurídica en torno a la legitimidad de dicho acto jurídico. Este es el problema de las sentencias número 155/2017 y 156/2017: la motivación de su decisión carece de razonabilidad, es decir, de sentido jurídico, y por lo tanto la postura tomada por el juez constitucional conduce a violar derechos y garantías materiales constitucionales, no solo de los justiciables que han impetrado su tutela, sino de la colectividad, en tanto el efecto *erga omnes* de sus sentencias.

II. DEL CONTENIDO DE LAS DECISIONES NÚMEROS 155 Y 156 DE 2017 DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Hechas estas formulaciones doctrinales y jurisprudenciales, conviene abordar el tema analítico de las sentencias números 155 y 156, con la finalidad de ubicar su conformidad —o disconformidad— constitucional y su fisiología —o patología— procesal.

a. Violación a la garantía iusfundamental del juez natural

Un punto altamente estudiado por la doctrina vernácula en cuanto a la figura del juez natural ha sido la creación jurisprudencial de la «Ponencia Conjunta».

Esta figura es inexistente en el ordenamiento jurídico venezolano, por cuanto en la propia Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia sólo existe la ponencia unipersonal. Esa invención es netamente jurisprudencial y sin embargo, en ninguna de las sentencias ha existido una motivación razonable que justifique siquiera la creación de dicha figura.

Pero aunado a ello, el concepto de «Ponencia Conjunta» entraña una preclara violación a la garantía del Juez Natural: quien te está juzgando no es un juez único, identificado e identificable, sobre el cual se cierne el conocimiento cierto de que emitirá él —y sólo él— el criterio decisorio de la causa. Pero en las ponencias conjuntas son los 7 magistrados de la Sala Constitucional los que deciden el caso, es decir, no se trata de la típica distribución de conocimiento entre los integrantes de un órgano colegiado, el cual inconcusamente recaerá sobre un ponente fijo, único y determinado, sino en cabeza de todos los miembros de la corte en cuestión, quienes —se nos ocurre— podrían «repartirse» la función analítica del caso para después unir criterios y confeccionar el fallo.

Pero además, insistimos, no es una figura prediseñada por ley, lo cual es un requisito inconcuso para la protección de la indicada garantía procesal. Un juez que haya sido predeterminado por la ley, en el sentido de que es éste tipo de norma la que debe concretar las características del decisor en relación con su competencia y no un acuerdo de la Sala, permite al justiciable tener

certeza jurídica de que su litigio será decidido por una persona capacitada, en el sentido técnico-jurídico, para sentenciar con base a derecho y no con arbitrariedades.

Uno de esos presupuestos conformantes de la competencia que podríamos llamar subjetiva del juez es la determinación de la composición del tribunal en relación con la instancia: así, en primera instancia el juez, por naturaleza, será unipersonal, esto es, ese juzgado tendrá un solo judicante; en segunda instancia, por lo general, y salvo positivización especial, la composición será colegiada, pero ello con base a la idea de que en ese grado de conocimiento la causa debe someterse a discusión deliberativa en torno a los supuestos bajo los cuales es escudriñada la apelación; por ello, muchos juzgados superiores suelen ser confeccionados en cortes, con lo cual se permite la colegiación de los jurisdicentes, y esto permite que el juez en que recaiga el conocimiento expreso, privativo y concreto de la causa —el juez ponente— podrá deliberar con sus pares sobre los criterios que han de estamparse en el fallo, en favor del derecho de las partes y con base al respeto al Estado de Derecho, y únicamente al existir conformidad en relación con el resultado de la controversia, los demás miembros de la corte han de rubricar la sentencia, lo cual, por cierto, admite ciertos matices.

Sin embargo, nada de lo expuesto es nexa causal con la llamada ponencia conjunta: ahí lo que se expresa es que el conocimiento concreto de la causa compete a los 7 magistrados, por lo tanto no es uno el que decide sino todos. Lejos de ser esto una garantía reforzada del indicado principio procesal,

en realidad resulta una forma de despojarse de responsabilidades subjetivas en la tramitación del proceso.

Hemos de recordar que la responsabilidad subjetiva del juez es parte conformante de la Responsabilidad del Estado, como bien lo ha apuntado la doctrina vernácula:

«La responsabilidad del Estado por sus actos jurisdiccionales constituye un tema cuyo reconocimiento en la mayoría de los países se vio disminuido por la fuerza de la verdad legal, denominada cosa juzgada atribuida las decisiones emanadas de los órganos jurisdiccionales. Ha sido justamente la fuerza de la cosa juzgada la que ha servido como principal argumento para aquellos que niegan la posibilidad de responsabilizar al Poder judicial como órgano del Estado.

Sin embargo, debe anotarse que el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado es un elemento inherente a todo Estado de Derecho que se repute como tal. Para nadie es un secreto que uno de los temas cardinales de todo Estado de Derecho es la Responsabilidad patrimonial del Estado. No debe sorprender que se afirme que una de las bases fundamentales del Derecho administrativo es la responsabilidad. En efecto, la llamada responsabilidad administrativa conforma junto al principio de la legalidad, la separación de los poderes y el control las cuatro piezas fundamentales de toda sociedad democrática.

...Omissis...

Sin embargo, con el transcurso del tiempo, esta responsabilidad de la Administración se fue ampliando, hasta reconocerse la responsabilidad de los jueces, o mejor dicho, responsabilidad del Estado por sus actos jurisdiccionales. Este tema se vio en principio disminuido por la fuerza de la verdad legal, es decir, por la importancia de la cosa juzgada atribuida a las decisiones emanadas de los tribunales. Pero lo cierto es que se terminó por consagrar primero a nivel jurisprudencial, y luego en Venezuela a nivel legal, la responsabilidad del Estado Juez, “ya que siendo el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado un elemento inherente a todo Estado de Derecho, su aceptación por los distintos ordenamientos jurídicos ha sido paulatinamente reconocida y Venezuela no ha sido la excepción”

...Omissis...

Así, el tema de la responsabilidad del Estado se amplió en cuanto a su criterio subjetivo, ya que no solo la Administración Pública es responsable, sino que también pue-

de solicitarse la responsabilidad del Estado por la actuación jurisdiccional, e incluso, la propia responsabilidad personal del funcionario judicial»³⁵.

Esta responsabilidad especial de los jueces se desprende de lo contenido en el último aparte del artículo 255 de la Constitución, que dispone:

«**Artículo 255.** 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 suspendidos 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.

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» (Subrayado nuestro).

Bajo esta modalidad muy particular de sentenciar, la Sala Constitucional se aparta sustancialmente de la garantía del juez natural, el cual es un auténtico derecho fundamental del justiciable, y con ello lesiona, además de ese anotado derecho humano, la confianza de la colectividad de tener certeza de que sus argumentos jurídicos serán decididos por un juez imparcial, pues genera la duda de la ecuanimidad o posicionamiento volitivo de los magistrados al construir jurisprudencialmente semejante figura, sin darle el debido contenido jurídico, y disponiendo la fijación de la ponencia conjunta de forma arbitraria.

³⁵ ROJAS PÉREZ, Manuel, «La responsabilidad del Estado Juez en Venezuela», en *Revista de Derecho*, número 15, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, año 2005, pp. 102-105.

La Sala Constitucional se aparta de su propio criterio realizado en sentencia número 144/24.03.2000:

«La jurisdicción entendida como la potestad atribuida por la ley a un órgano del Estado para dirimir conflictos de relevancia jurídica, con un procedimiento predeterminado, siendo el órgano capaz de producir cosa juzgada susceptible de ejecución, es ejercida por los Tribunales ordinarios y especiales.

A estos Tribunales la ley, o la interpretación judicial que de ella se haga, les asigna un ámbito específico que vincula a ellos a las personas que realizan actividades correspondientes a esas áreas o ámbitos. Se trata de un nexo entre las personas que cumplen esas actividades, y los Tribunales designados para conocer de ellas. Así, aunque la jurisdicción es una sola, la ley suele referirse a la jurisdicción militar, laboral, agraria, etc., para designar las diversas áreas en que se divide la actividad jurisdiccional por razones de interés público. Esto conduce a que los derechos de las personas relativos a las diversas actividades que tutela la jurisdicción, para que les sean declarados en casos de conflicto, tengan que acudir a los órganos jurisdiccionales que les correspondan, y así los militares, en lo concerniente a los asuntos militares, acuden a los Tribunales militares; los trabajadores a los laborales, los menores a los Tribunales de Menores, etc.

Los jueces a quienes la ley ha facultado para juzgar a las personas en los asuntos correspondientes a las actividades que legalmente pueden conocer, son los jueces naturales, de quienes se supone conocimientos particulares sobre las materias que juzgan, siendo esta característica, la de la idoneidad del juez, la que exige el artículo 255 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Dentro de estas parcelas, los distintos órganos jurisdiccionales a que pertenecen ellas, se distribuyen el conocimiento de los casos según las reglas de la competencia, bien sea por la cuantía, el territorio o la materia.

Para evitar un caos, y ordenar la administración de justicia, hay reglas de competencia que se consideran de orden público y son inderogables, mientras que hay otras que no lo son. La competencia por la materia se encuentra entre las primeras, mientras que las que determinan el territorio, por ejemplo, están entre las segundas. El órgano que ejerce la jurisdicción, en cuanto a la competencia por la materia, es por excelencia el juez natural de las personas que tengan que ventilar litigios relativos a esas materias.

Como el ser juzgado por el juez natural es una garantía judicial, y un elemento para que pueda existir el debido proceso, la abrogada Constitución de 1961 en su artículo 69, así como la vigente en su artículo 49, consagran el derecho de las personas naturales o jurídicas de ser juzgadas por dicho juez, quien además debe existir como órgano jurisdiccional con anterioridad a los hechos litigiosos sin que pueda crearse un

órgano jurisdiccional para conocer únicamente dichos hechos después de ocurridos. El citado artículo 49 de la vigente Constitución es claro al respecto: En su numeral 4, reza:

“Artículo 49: El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

...Omissis...

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto”.

La comentada garantía judicial, es reconocida como un derecho humano por el artículo 8 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica y por el artículo 14 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esta garantía judicial es una de las claves de la convivencia social y por ello confluyen en ella la condición de derecho humano de jerarquía constitucional y de disposición de orden público, entendido el orden público como un valor destinado a mantener la armonía necesaria y básica para el desarrollo e integración de la sociedad. Dada su importancia, no es concebible que sobre ella existan pactos válidos de las partes, ni que los Tribunales al resolver conflictos atribuyan a jueces diversos al natural, el conocimiento de una causa. El convenio expreso o tácito de las partes en ese sentido, al igual que la decisión judicial que trastoque al juez natural, constituyen infracciones constitucionales de orden público.

Por lo anterior, si un juez civil decidiera un problema agrario, porque en un conflicto entre jueces, el superior se lo asignó al juez civil, tal determinación transgrediría la garantía del debido proceso a las partes, así la decisión provenga de una de las Salas de nuestro máximo Tribunal, y así las partes no reclamaran»³⁶.

1.1 La actuación fuera de sus competencias de la Sala Constitucional al vulnerar principio procesales penales

En la sentencia número 155/2017 existe una clara violación a la garantía constitucional de la presunción de inocencia: los magistrados de la Sala

³⁶ Caso: *Universidad Pedagógica Experimental Libertador*, con ponencia del Magistrado Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero, dispone en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/144-240300-0056.HTM>.

Constitucional, de forma velada, hace entrever sus consideraciones sobre la ocurrencia del delito de traición a la patria por parte de los diputados de la Asamblea Nacional.

En efecto, en el cuerpo del fallo, y a los fines de justificar la declaratoria de asunto de mero derecho con el objeto de excluir la oportunidad de alegación y pruebas de los interesados, ellos adujeron:

«Como antes se señaló, al declarar el asunto como de mero derecho, la presente causa no requiere de material probatorio para su resolución toda vez que de los hechos narrados, así como de los propios fallos de esta Sala que abiertamente ha incumplido la Asamblea Nacional (entre otras, las sentencias N° 3 del 14 de enero de 2016; N° 615 del 19 de julio de 2016 y N° 810 del 21 del septiembre de 2016) se evidencia que efectivamente existe una clara intención de mantenerse en franco choque con la Constitución, sus principios y valores superiores, así como en desacato permanente de las sentencias dictadas por la Sala Electoral y por esta Sala Constitucional, al punto de que su incumplimiento ya no sólo responde a una actitud omisiva sino que en acto de manifiesta agresión al pueblo como representante directo de la soberanía nacional, existe una conducta que desconoce gravemente los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, como son la paz, la independencia, la soberanía y la integridad territorial, los cuales constituyen actos de **“Traición a la Patria”**, como lo ha referido el recurrente».

Luego de citar la página web de la Asamblea Nacional donde se reseña el acuerdo parlamentario sin forma de ley con el cual los miembros de dicho cuerpo político «Proyecto de Acuerdo sobre la reactivación del proceso de aplicación de la Carta Democrática Interamericana de la Organización de Estados Americanos (OEA), como mecanismo de resolución pacífica de conflictos para restituir el orden constitucional en Venezuela» para luego concluir que ese era el *quid* de la inconstitucionalidad —o uno de sus presuntos elementos— del indicado acuerdo. Sin embargo, nada de esto justifi-

ca la declaratoria de comisión del delito de «traición a la patria» que la Sala le imputa al Parlamento.

Este hecho desconoce produce algunas otras violaciones a garantías constitucionales: (i) viola el ya comentado principio del juez natural, por cuanto quien debe y puede declarar la comisión de cualquier delito es el juez penal y no un juez constitucional; (ii) desconoce el principio de imputación, el cual dispone la obligatoria e ineluctable comprobación de los hechos punitivos con lo normado en la ley penal, es decir, la ocurrencia de la subsunción normativa como requisitos *sine qua non* para la declaratoria de comisión de un delito, lo que conlleva a la necesaria alegación y promoción de prueba de las partes, como elementos constituyente del análisis argumentativo del juez: no puede establecerse la existencia de un delito sin las pruebas que lo certifiquen. Eso es de perogrullo, pero con la declaratoria de asunto de mero derecho, la Sala «despachó» la posibilidad de oír a las partes y de promoverse y evacuarse prueba alguna, y con ello el principio de imputación no tiene cabida; (iii) pero este último punto es determinante para que también se materialice la violación al principio de presunción de inocencia, por cuanto los integrantes de la Asamblea Nacional fueron declarados traidores a la patria con tan sólo leer el extracto de la referida reseña periodística contenida en la página web del Parlamento, sin citación ni mucho menos la posibilidad de oírlos en alguna forma.

La presunción de inocencia es, a la luz de la jurisprudencia de los principales tribunales constitucionales, una garantía *iusfundamental*, pues entraña el elemento de dignidad humana. Como ha señalado la doctrina venezolana:

«Este tipo de derecho es inalienable, de obligatorio y estricto cumplimiento especialmente por los órganos del Poder Público (Administrativo y Justicia) respecto a los ciudadanos. Ninguna contienda administrativa o judicial puede partir del *supuesto* de la culpabilidad de algún sujeto, sin que se pruebe con los medios admisibles, en la legislación interna, que la conducta se subsume en un tipo legal, es decir, se encuentra “incurso” en determinada situación jurídica regulada con anterioridad y entro de un proceso debido»³⁷.

La jurisprudencia comparada la ubica incluso dentro del bloque de la constitucionalidad, reconociendo, pues, su naturaleza de derecho fundamental:

«Frente a la presunción de inocencia, la Corte considera que las disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, sí forman parte del bloque de constitucionalidad, toda vez que, la presunción de inocencia es un derecho humano, el cual no es susceptible de limitación o restricción en los estados de excepción, ya que sí derecho al debido proceso y el principio de legalidad no admiten restricción alguna, según lo dispone el artículo 27 de la ley 16 de 1972, que ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, menos aún la presunción de inocencia derecho fundamental a partir del cual se edifican las garantías jurídicas citadas»³⁸.

Con todo ello es meridianamente claro que la sentencia 155/2017, en lo tocante a la declaratoria de «traición a la patria» de los parlamentarios, actuó inconcusamente fuera de sus competencias.

1.2 Del vicio de inmotivación

Luego de declarar la ocurrencia del delito de traición a la patria por parte de los diputados de la Asamblea Nacional, la Sala Constitucional procede a anular por inconstitucional el referido acto parlamentario sin forma de ley, sin realizar ningún tipo de argumento lógico-jurídico, es decir, decidió algo de forma inmotivada.

³⁷ PETIT GUERRA, Luis Alberto, *Estudios sobre el Debido Proceso. Una visión global: Argumentaciones como derecho fundamental y humano*, Ediciones Paredes, Caracas, año 2011, p. 119.

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, C774/01 del 25 de julio de 2001.

En su referido fallo, la Sala expuso:

«Por ello, la Sala Constitucional en resguardo de las disposiciones, principios y garantías constitucionales, está obligada a dar solución a la obstaculización que enfrenta la efectiva aplicación de los mismos; bien, si ello se produce con ocasión de una acción o de una omisión de un órgano del Poder Público -como lo es la Asamblea Nacional, que tiene entre otras la función de legislar-, aplicando el remedio judicial que el Constituyente diseñó para hacer frente a una situación de inconstitucionalidad, que afecta no sólo la esfera individual de los legisladores que no se encuentran en esa situación omisiva, sino que por la función que les ha sido encomendada, afectan al colectivo, en este caso, al pueblo que es en quien reside -como antes se apuntó- la soberanía nacional.

Es así como esta Sala Constitucional considera que el agraviado directo en esta acción es el pueblo de la República Bolivariana de Venezuela, quien tiene la expectativa plausible y la confianza legítima en sus autoridades elegidas mediante la democracia como sistema de gobierno, de que los valores superiores consagrados en la Carta Magna y los principios constitucionales sean efectivamente garantizados, impidiendo toda actuación que busque una injerencia de autoridad extranjera sea cual fuese su naturaleza; ello porque constituye una ofensa grave a la norma suprema del Estado Venezolano, la cual debe ser cumplida a cabalidad por todos los órganos del Poder Público, y esta Sala en ejercicio de la jurisdicción constitucional, está llamada a evitar se produzcan ilícitos constitucionales que atenten contra la independencia y soberanía nacional y conlleven a la ruptura del orden y del hilo constitucional base del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, que el pueblo de Venezuela se ha dado mediante votación universal.

En este sentido, es preciso acotar que esta Sala Constitucional en respeto a los principios de independencia, soberanía, legalidad, seguridad jurídica y orden público constitucional, como garante de los derechos y garantías previstos en el Texto Fundamental, debe anular el acto impugnado que adolece del vicio de inconstitucionalidad antes examinado y, asimismo, ordenar se tomen medidas de alcance normativo *erga omnes*, a fin de propender a la estabilidad de la institucionalidad republicana. Así se decide».

Como puede observarse este aserto desplegado por la Sala adolece de inmotivación por cuanto: (i) los criterios no parten de consideraciones verificadas por los magistrados, ello como consecuencia de no haberse permitido la alegación y subsiguiente promoción y evacuación de pruebas, no existe acervo probatorio ni argumentos de parte que permitan verificar algún aspecto viciado de nulidad por inconstitucional en el acto en cuestión; (ii) esto

es inconcuso en el último párrafo de dichas consideraciones donde no se clarifica dónde y cómo se produce la violación a la constitución: la Sala sólo indica que ella debe impedir «toda actuación que busque una injerencia de autoridad extranjera sea cual fuese su naturaleza», lo cual en sí es vago e impreciso por cuanto no especifica cómo se produce la supuesta injerencia internacional, y sólo remite a la imprecisa —pero tajante— expresión «sea cual fuese su naturaleza», con lo cual pareciera dar por sentado que todo aquello que la propia Sala considere como injerencia —y creemos que será así de arbitrario pues, insistimos, no especifica qué es, a su entender, la injerencia en concreto, con mayor razón, amplifica el contenido de ese falaz argumento al extenderlo a cualquier subtipo— es inconstitucional y a tenor de esto queda legitimada para actuar en contra de dicha acción; (iii) por último, la «fundamentación legal» que hace el juez constitucional es remitir a lugares comunes como el respeto a «los principios de independencia, soberanía, legalidad, seguridad jurídica y orden público constitucional», sin explicar cómo se aplican dichos principios en el caso concreto —por consecuencia de no permitir alegación no actividad probatoria— para reafirmar su potestad anulatoria de actos inconstitucionales, pero insistimos, no expresa cuáles fueron los hechos que condujeron a esa declaratoria, infringiendo el principio de subsunción de los hechos en el derecho.

Decíamos *supra* que la argumentación jurídica es una garantía *iusfundamental* del justiciable inserta en la obligación de motivación de la sentencia, y por lo tanto, es presupuesto de la tutela judicial efectiva; la subsunción es, ineluctablemente, una herramienta de metodología del derecho inescindible de la argumentación, pues precisamente la concatenación de premisas con la

finalidad de concluir racional y razonablemente es el elemento distintivo y definitorio de la argumentación judicial como especie de la argumentación jurídica, por lo menos en materia de reglas jurídicas.

En el caso de la declaratoria de inconstitucionalidad del acuerdo parlamentario por supuestamente contener una hipótesis delictual, como lo sería la traición a la patria, el prisma de la verificación subsuntiva de la regla contenida en dicho delito —artículo 129 del Código Penal— y al no plasmarse el razonamiento jurídico que llevó a determinar la existencia de dicho delito —como presupuesto necesario para la localización de la inconstitucionalidad en el acto parlamentario objeto de estudio de la Sala— no existe motivación alguna.

Recordemos que la doctrina de mejor factura ha conceptualizado a la motivación de la sentencia de la siguiente manera:

«La motivación es un conjunto metódico y organizado de razonamiento que comprende los alegatos de hecho y de derecho expuestos por las partes, su análisis a la luz de las pruebas y de los preceptos legales y el criterio del juez sobre el núcleo de la controversia»³⁹.

De igual forma, la doctrina judicial de la Sala de Casación Civil la ha definido como:

«El criterio sostenido por este Supremo Tribunal, acerca de la motivación en la sentencia ha sido reiterado, pacífico y consolidado, estableciendo al respecto en sentencia de fecha 6 de abril de 2000, en el juicio seguido por Delia del Valle Morey López contra Franklin Guevara Tillerio, en el expediente N° 99-356, sentencia N° 102 y bajo la ponencia del Magistrado que suscribe el presente fallo, lo siguiente:

³⁹ CUENCA, Humberto, *Curso de Casación Civil*, Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, Caracas, año 1980, p. 132.

“...En este orden de ideas, es oportuno señalar que para dar cumplimiento al requisito de la motivación, es menester que el sentenciador realice las siguientes operaciones: 1.- resumen, análisis y comparación de los elementos probatorios, 2.- establecimiento de los hechos que se dan por probados, 3.- cita de las disposiciones legales aplicadas; de cumplirse con estas premisas, el fallo reflejará fielmente el resultado del proceso, bastándose así misma la decisión, logrando así que su texto sea un instrumento de convicción. Las razones de hecho consisten, entonces, en la comprobación de las alegaciones de las partes y de las pruebas producidas por ellas a lo largo del desarrollo del proceso, para luego constatar que tales elementos probatorios evidencian esos hechos. Las razones de derecho están constituidas por el encuadramiento de las de hecho, en las normas jurídicas aplicables al caso de que se trate.

Lo establecido anteriormente no implica que deben expresarse en la sentencia, todas y cada una de las incidencias y alegatos producidos en el transcurso del juicio; puede hacerse de ellas una relación sucinta, pero siempre que sea informativa, en consecuencia, aún cuando la motivación sea exigua, ella debe ser suficiente fundamento del dispositivo de la decisión, para así evitar que la sentencia adolezca de uno de sus requisitos fundamentales, cual es la motivación, corriendo el riesgo de permitirse una arbitrariedad judicial.

(...omissis...)

Como corolario de la ya establecido, la Sala se permite transcribir lo que nos dice al respecto, el tratadista patrio, Dr. Aristides Rengel Romberg,

“...Tampoco la libre convicción o libertad de apreciación del juez significa arbitrio, ni mucho menos arbitrariedad del juez, puesto que esa libertad está dada para el fin de la formación de la convicción o convencimiento del juez acerca de la verdad de los hechos de la causa; por ello la libre convicción permitida al juez; debe extraerla éste, en el sistema legal regido por el principio dispositivo, de la prueba de autos y debe expresar en el fallo la motivación que le condujo a la convicción acerca del mérito de las pruebas...” (Rengel Romberg Aristides, Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, según el nuevo código de 1987, Tomo III, pág. 421. Editorial Arte. Caracas). Lo resaltado es de la Sala»⁴⁰.

Es patente, pues, la ocurrencia de un vicio de inmotivación en torno a la *ratio decidendi* de la sentencia, esto es, el supuesto vicio de inconstitucionalidad que la Sala debía decretar, lo cual es sumamente grave pues no permite

⁴⁰ Sentencia número 354/08.11.2001, expediente número 2000-591, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Ober-to Vélez.

ver las verdaderas razones con las cuales el juez constitucional arribó a su conclusión.

1.3 Del *reductio ad absurdum*

El *reductio ad absurdum* o reducción al absurdo —también llamado «argumento apagógico»—, es un tipo de argumento consistente en ridiculizar las consecuencias del argumento de tu contraparte, bien a través de una hipérbolo o bien a través de incorporarle al mismo unas consecuencias que por lógica-deductiva no tendrían cabida, con la finalidad de convertir esos criterios en verdaderos absurdos.

Este hecho si bien suele tener elementos convincentes en la sociedad —dependiendo de la forma en que se haya suscitado los elementos absurdos— es una falacia argumentativa y como tal, nada dice de la veracidad de sus premisas ni de la conclusión. El tema se pone complejo cuando es un acto jurídico de la naturaleza de una sentencia, la que contiene semejante argumento, y peor aún es cuando la decisión en cuestión proviene del órgano que ejerza funciones de tribunal constitucional. Esto apareja una serie de problemas dignos de analizar: (i) este tipo de argumento por lo general suelen tener intenciones veladas muy diferentes a las que de forma palmaria se les está permitido al emisor, por lo que al ser un juez el que profiere dichas razones adquiere una importancia enorme pues probablemente con ese tipo de razonamiento se quiere dar justificar acciones u omisiones que bajo otro prisma sería imposible o irrazonable permitir; y por tanto, se teje al respecto todo un manto posibles elucubraciones alejadas de derecho; (ii) puede establecer el convencimiento en la colectividad de la procedencia de las falaces

razones expuestas por el juez constitucional; decisiones éstas que suelen servir de precedente constitucional; (iii) por la naturaleza genérica del fallo constitucional, el cual tiene por norte preservar la garantía de las normas constitucionales, y con mayor énfasis en los derechos fundamentales, el *argumentum ad absurdum* puede lesionar seriamente la función de garantía de la uniformidad de la jurisprudencia constitucional que debe realizar dicho órgano judicial, y además, abre el cauce de otras eventuales violaciones a los tales por cuanto el criterio en cuestión es débil por naturaleza; y (iv) con ello se viola la obligación de garante de la Carta Magna que ostentan las cortes constitucionales, como la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por cuanto con dicho argumento lejos de estructurar una defensa pétrea de la constitución, diseñan una tela traslúcida de eventuales violaciones a la misma.

La doctrina patria define este tipo de argumento como:

«Este tipo de argumento postula que determinadas interpretaciones de la norma no son posibles por cuanto llevarían a consecuencias inaceptables. Esto significa que la norma debe ser interpretada de una determinada manera, porque las demás interpretaciones conducen a un resultado absurdo. Así, el enunciado A debe ser interpretado como A(i) según la interpretación teleológica, porque cualquier otra posibilidad de interpretarlo como A(II) dará lugar a un absurdo»⁴¹.

En ese sentido, la sentencia número 155/2017 realizó ese mentado argumento apagógico en los siguientes términos:

«De tal manera que, teniendo en cuenta lo antes expuesto, es notoriamente comunicacional que luego de dictado el acto declarado nulo en esta sentencia, han venido ocurriendo otras acciones e, incluso, omisiones, que también pudieran atentar de forma

⁴¹ ESCOVAR LEÓN, Ramón, *La motivación de la sentencia y su relación con la argumentación jurídica*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, año 2001, p. 32.

especialmente grave contra el sistema de valores, principios y normas previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y, en fin, contra la estabilidad de la República, de la Región y de la más elemental noción de justicia universal, razón por la que, conforme a lo dispuesto en los artículos 7, 137, 253, 266, 322, 326, 333, 334, 335, 336 y 350 del Texto Fundamental, en armonía con sus artículos 337 y siguientes, en razón del Estado de Excepción vigente en la República (ver sentencia n.º 113 del 20 de marzo de 2017); esta Sala Constitucional, en tanto máxima y última intérprete del Texto Fundamental, ordena **de oficio** la apertura de un proceso de control innominado de la constitucionalidad (cuyo expediente se iniciará con copia certificada de la presente decisión), para garantizar los derechos irrenunciables de la Nación y de las venezolanas y venezolanos, los fines del Estado y la tutela de la justicia, la independencia y soberanía nacional (ver, entre otros, los artículos, 1, 2, 3 y 5 *eiusdem*), el cual se seguirá conforme a lo previsto en los artículos 128 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y en la jurisprudencia de esta Sala. Así se decide».

La reducción al absurdo ocurre en dicho aserto cuando: (i) la Sala da por hecho que el acto parlamentario producirá consecuencias nefastas para la vida republicana de la nación, como sucedería al afectar negativamente el sistema de valores, principios y reglas de la constitución, y la soberanía del país; y (ii) esa consideración, por demás exagerada, parte de una suposición falsa al considerar al acuerdo parlamentario en cuestión como un acto que consiente y coadyuva a la materialización de una injerencia por parte de la Organización de Estados Americanos, lo cual es imposible de determinar al no existir elementos fácticos en la causa, por lo que la Sala Constitucional declara que dicho documento contiene elementos jurídicos inexistentes en el mismo.

Con este tipo de argumento, la Sala Constitucional intenta demostrar la presunta inconstitucionalidad del acto parlamentario pero en realidad realiza una serie de consideraciones exageradas y con elementos de subjetividad que vician su razonamiento por precario y débil.

1.4 Del control innominado de la constitucional inexistente en la Constitución

En el texto del párrafo que *supra* copiáramos, la Sala hace gala de una figura inexistente en la constitución pero que ya tiene algunos años en la retórica judicial: el control «innominado» de la constitucionalidad.

En el constitucionalismo moderno existe un control de las actuaciones legales en cuanto a su correspondencia con el texto constitucional; es decir, la contrastación del contenido normativo de una norma o un texto legal con algún precepto o serie de preceptos constitucionales debe arrojar inconcusamente una sinonimia teleológica o de lo contrario el operador de justicia debe declarar la inconformidad constitucional de dicho precepto legal; ello en atención al principio de supremacía de la constitución.

Este tipo de control es históricamente delimitado en los dos grandes tipos: el control concentrado o concreto⁴², y el control difuso o abstracto⁴³. Ambos

⁴² «**Artículo 336.** Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: / 1.- Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución. / 2.- Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella. / 3.- Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución. / 4.- Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta. / (...) 6.- Revisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República. / 7.- 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 (...).» Para un estudio sobre el tema *vid.* BRICEÑO LEÓN, Humberto, *La Acción de Inconstitucionalidad en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, año 1989.

⁴³ «**Artículo 334.** Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución. / En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente. / Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en eje-

medios de protección se encuentran tipificados en nuestra constitución, por lo tanto nuestro sistema entra en la clasificación que la doctrina denomina como sistema «mixto» de la constitucionalidad⁴⁴.

Nuestra constitución, como ya se dijo, adopta los dos criterios tradicionales de control constitucional, más allá de que dentro de dichos controles existan una serie de sub-controles constitucionales⁴⁵.

Sin embargo, no existe en la Norma Fundamental algún tipo de control «in-nominado» de la constitucionalidad que faculte a la Sala Constitucional a examinar de forma indeterminada —y paradójicamente, sin control alguno— sobre la legitimidad constitucional de algún acto del Poder Público.

Los más emblemáticos casos donde han aplicado este sistema apócrifo de control constitucional fueron en las sentencias número 1939/2008, caso: *Magistrados de la Corte de lo Contencioso Administrativo*⁴⁶, y 1547/2011,

cución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella». CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Gaceta Oficial Extraordinaria número 36.860 del 30 de diciembre de 1999, reimpresa por errores materiales del ente emisor en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 5.453 del 24 de marzo de 2000. Para un análisis pormenorizado del mismo, *vid.* BLANCO-URIBE QUINTERO, Alberto, *El control indirecto de la constitucionalidad en España y Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, año 2012; *vid.* BREWER-CARIAS, Allan, «El método difuso de control de constitucionalidad de las leyes en el derecho venezolano», en BAZÁN, Víctor (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Editorial Abeledo-Perrot, Tomo I, Buenos Aires, año 2010, pp. 671-690, disponible en <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2010/05/643.-634.-El-m%C3%A9todo-difuso-de-control-de-constitucionalidad-en-Venezuela.-Brewer.-VBaz%C3%A1n-Argentina-2008.doc.pdf>.

⁴⁴ BREWER-CARIAS, Allan, *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Universidad del Externado de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, año 1995, disponible en <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea5/Content/II.1.73.pdf>.

⁴⁵ Como afirma Margarita Escudero León dentro del control concentrado existe el control posterior, el control previo y el control incidental de la constitucionalidad, *vid.* *El control judicial de constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva el Poder Público*, Universidad Central de Venezuela, Serie Trabajo de Grado N° 1, Caracas, año 2005, pp. 155-167; y en materia de control difuso *vid.*, nuestro trabajo *El control constitucional en la casación civil*, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, número 6, Homenaje al Dr. Arturo Luis Torres-Rivero, Caracas, año 2016, pp. 255-286.

⁴⁶ «A juicio de esta Sala, la parte actora no pretende la nulidad del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que el recurso de nulidad como mecanismo de control concentrado de la constitucionalidad no resulta el idóneo. / Tampoco se trata de una colisión de leyes, pues de lo que se trata es de una presunta controversia entre la Constitución y la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional fundamentada en

caso: *Leopoldo López*⁴⁷, donde la Sala aplicó un examen de la constitucionalidad —o mejor dicho: de la viabilidad de la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— de una forma que no está dispuesta en la constitución, pues a pesar de reiterar que no se trataba de una petición de nulidad, terminó «anulando», en los hechos, la fuerza ejecutiva de la decisión.

Luego de citar varias disposiciones de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Sala dispuso:

normas contenidas en una Convención de rango constitucional, lo que excede los límites de ese especial recurso, pues la presunta colisión estaría situada en el plano de dos normas de rango constitucional. / En definitiva, del estudio pormenorizado de la solicitud se evidencia que la misma está dirigida a que se aclare una duda razonable en cuanto a la ejecución de un fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que condenó a la República Bolivariana de Venezuela a la reincorporación de unos jueces y al pago de sumas de dinero. / Al respecto, debe esta Sala determinar el alcance de la acción de interpretación constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, para luego analizar el régimen de competencia, la admisibilidad y, en el supuesto de que fuera admitida, el procedimiento aplicable. / En tal sentido, se observa: / El artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en su cardinal 52, no prevé expresamente la existencia del recurso de interpretación de la Constitución y, por supuesto, no atribuye a alguna de las Salas que integran el Supremo Tribunal de Justicia la competencia para conocer de recursos de esta naturaleza, sino que en su párrafo primero establece que su “*conocimiento corresponderá a la Sala afín con la materia debatida*”. / Ahora bien, a raíz de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la jurisdicción constitucional sufrió importantes transformaciones que abarcan desde la creación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, hasta la atribución a ésta de la competencia exclusiva con relación a la jurisdicción constitucional, conforme lo dispone el cardinal 1 del artículo 266 del Texto Fundamental. / En materia de interpretación constitucional, el artículo 335 *eiusdem* dispone lo siguiente: / “*El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. / Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República*”. (Subrayado de esta Sala). / Por otra parte, al ser la Sala Constitucional el “*máximo y último intérprete*” de la Constitución y teniendo la obligación de velar “*por su correcta interpretación*” (lo que se asegura por el carácter vinculante de sus decisiones en materia de interpretación constitucional, conforme lo prevé el artículo 335 del Texto Fundamental), es esta Sala y no otra del Tribunal Supremo de Justicia, la única que puede conocer y decidir —en razón de su afinidad material— los recursos de interpretación constitucionales que sean propuestos. / Lo anterior condujo a esta Sala a declarar la procedencia de la acción de interpretación constitucional y asumir la competencia exclusiva para su conocimiento, mediante su decisión del 22 de septiembre de 2000 (*caso Servio Tulio León*), motivo por el cual, al constatarse que la pretensión de los recurrentes versa sobre el alcance e inteligencia de la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional con base en un tratado de jerarquía constitucional, ante la presunta antinomia entre esta Convención Internacional y la Constitución Nacional, supuesto expresamente contemplado en el aludido fallo (N° 1.077/2000) como justificativo de la procedencia de la acción de interpretación; y tratándose además de una competencia expresamente atribuida a la Sala Constitucional conforme al cardinal 23 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala se declara competente para conocer del presente recurso de interpretación; y así se decide». Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.HTML>.

⁴⁷ Disponible en

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1547-171011-2011-11-1130.HTML>.

«De tal manera que, teniendo en cuenta lo antes expuesto, es notoriamente comunicacional que luego de dictado el acto declarado nulo en esta sentencia, han venido ocurriendo otras acciones e, incluso, omisiones, que también pudieran atentar de forma especialmente grave contra el sistema de valores, principios y normas previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y, en fin, contra la estabilidad de la República, de la Región y de la más elemental noción de justicia universal, razón por la que, conforme a lo dispuesto en los artículos 7, 137, 253, 266, 322, 326, 333, 334, 335, 336 y 350 del Texto Fundamental, en armonía con sus artículos 337 y siguientes, en razón del Estado de Excepción vigente en la República (ver sentencia n.º 113 del 20 de marzo de 2017); esta Sala Constitucional, en tanto máxima y última intérprete del Texto Fundamental, ordena **de oficio** la apertura de un proceso de control innominado de la constitucionalidad (cuyo expediente se iniciará con copia certificada de la presente decisión), para garantizar los derechos irrenunciables de la Nación y de las venezolanas y venezolanos, los fines del Estado y la tutela de la justicia, la independencia y soberanía nacional (ver, entre otros, los artículos, 1, 2, 3 y 5 *eiusdem*), el cual se seguirá conforme a lo previsto en los artículos 128 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y en la jurisprudencia de esta Sala. Así se decide.

En tal sentido, en virtud de lo establecido en el artículo 135 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se ordena notificar de la presente decisión al Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Presidente del Consejo Moral Republicano, al Procurador General de la República y a la Fiscal General de la República. A tales fines, remítase a los respectivos funcionarios, copia certificada de la presente decisión. Asimismo, se ordena el emplazamiento de los interesados mediante cartel.

Por último, remítase el expediente al Juzgado de Sustanciación para que realice las notificaciones ordenadas en el presente fallo y efectúe el emplazamiento de los interesados, conforme a lo dispuesto en la Ley que rige las funciones de este Alto Tribunal, en especial, su artículo 91, y continúe el procedimiento. Así se decide».

Pues bien, en aras de establecer el mismo control en la sentencia número 155/2017, la Sala invocó el concepto que ella misma inventó para así darle cuerpo a lo que vendría después de declarar la nulidad del acto: a través de un *obiter dictum* o un argumento periférico que no era el tema central del debate, se subrogó competencias que constitucionalmente le estaban vedadas y aplicó sanciones no previstas en la solicitud en cuestión, violando con ello los principios de separación de poderes —principio material— y del

dispositivo —principio procesal—. Y de esa forma poder abrir una incidencia cautelar no solicitada por las partes —alegando la facultad de decretar medidas cautelares de oficio— a los fines de descontextualizar la solicitud y convertir la sentencia en una providencia judicial constitutiva y no una estimativa de nulidad por inconstitucionalidad.

1.5 De la violación a la tutela jurisdiccional cautelar

Llegado al punto de analizar la incidencia cautelar abierta por la propia Sala, ésta tuvo a bien formular la siguiente consideración:

«En tal sentido, ante las inéditas acciones que afectan la paz y soberanía nacional y ante el reiterado comportamiento contrario al orden jurídico internacional que ha venido ejecutando el actual Secretario General de la Organización de Estados Americanos (OEA), lesivo a los principios generales del derecho internacional y a la propia Carta de la Organización de Estados Americanos (A-41), referidos a la autodeterminación, independencia y soberanía de los pueblos, entre otros (ver sentencias de esta Sala n.º 1939 del 18 de diciembre de 2008, 1652 del 20 de noviembre de 2013 y 3342 del 19 de diciembre de 2002), se ordena al Presidente de la República Bolivariana de Venezuela que, en atención a lo dispuesto en el artículo 236.4, en armonía con lo previsto en los artículos 337 y siguientes *eiusdem* (ver sentencia n.º 113 del 20 de marzo de 2017), entre otros, proceda a ejercer las medidas internacionales que estime pertinentes y necesarias para salvaguardar el orden constitucional, así como también que, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y para garantizar la gobernabilidad del país, tome las medidas civiles, económicas, militares, penales, administrativas, políticas, jurídicas y sociales que estime pertinentes y necesarias para evitar un estado de conmoción; y en el marco del Estado de Excepción y ante el desacato y omisión legislativa continuada por parte de la Asamblea Nacional, revisar excepcionalmente la legislación sustantiva y adjetiva (incluyendo la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, la Ley Contra la Corrupción, el Código Penal, el Código Orgánico Procesal Penal y el Código de Justicia Militar – pues pudieran estar cometándose delitos de naturaleza militar-), que permita conjurar los graves riesgos que amenazan la estabilidad democrática, la convivencia pacífica y los derechos de las venezolanas y los venezolanos; todo ello de conformidad con la letra y el espíritu de los artículos 15, 18 y 21 de la Ley Orgánica Sobre Estados de Excepción vigente.

Resulta oportuno referir que la inmunidad parlamentaria sólo ampara, conforme a lo previsto en el artículo 200 del Texto Fundamental, los actos desplegados por los diputados en ejercicio de sus atribuciones constitucionales (lo que no resulta compatible con la situación actual de desacato en la que se encuentra la Asamblea Nacional) y, por ende, en ningún caso, frente a ilícitos constitucionales y penales (flagrantes) (ver sentencia de esta Sala Constitucional n.º 612 del 15 de julio de 2016 y de la Sala Plena nros. 58 del 9 de noviembre de 2010 y 7 del 5 de abril de 2011, entre otras)».

Respecto de estos argumentos, tenemos las siguientes consideraciones: (i) la tutela cautelar es, a la luz de los argumentos de la Sala de Casación Civil, una especie de la tutela jurisdiccional⁴⁸, esto es, de la protección que el Estado debe proporcionar a los justiciables en atención a sus intereses procesales, ello como obligación adquirida dentro del contrato social que es la constitución, en el cual los ciudadanos ceden parte de su libertad en favor de garantizar el establecimiento de un régimen de convivencia, dentro del cual se inscribe los medios legítimos y pacíficos de las controversias. Esto es lo que constituye el derecho fundamental a la jurisdicción, esto es, a recibir tutela

⁴⁸ «Sobre este particular, es oportuno advertir que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en sus artículos 26 y 257, deja claramente evidenciada la voluntad del constituyente de preservar a toda costa la justicia. / En efecto, el mencionado artículo 26 desarrolla lo que la doctrina y la jurisprudencia ha denominado el derecho a la tutela judicial efectiva, que contempla, entre otras cosas, el derecho a acceder al órgano judicial para obtener un pronunciamiento oportuno y eficaz; por tanto, se erige como un derecho constitucional que nació para hacer frente a la injusticia, y que está íntimamente relacionado con la garantía de la seguridad jurídica que, esencialmente protege la dignidad humana y el respeto de los derechos personales y patrimoniales, individuales y colectivos. / De la misma manera, debe concebirse como un mecanismo capaz de garantizar el respeto al ordenamiento jurídico, y su acatamiento. / Precisamente, por cuanto constituye un derecho constitucional que la sentencia pueda ser ejecutada en los términos que fue conferida, la tutela cautelar también es garantía del derecho a la tutela judicial efectiva. / En efecto, enseña el maestro Piero Calamandrei que las medidas cautelares están dirigidas a garantizar la eficacia de la función jurisdiccional; «...esa especie de befa la justicia que el deudor demandado en el procedimiento ordinario podría tranquilamente llevar a cabo aprovechando las largas dilaciones del procedimiento para poner a salvo sus bienes y reírse después de la condena prácticamente impotente para afectarlo, puede evitarse a través de la cautela cautelar...». (Providencias Cautelares, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires-1984, pág. 140). / De igual manera, expresa el autor Jesús Pérez González que «...las medidas cautelares no son meramente discrecionales de los jueces, sino que, una vez que se verifique el cumplimiento de los requisitos que establece la norma para su otorgamiento, el órgano jurisdiccional debe dictarlas, pues otorgar una medida cautelar sin que se cumplan los requisitos de procedencia violaría flagrantemente el derecho a la tutela judicial efectiva de la contraparte de quien solicitó la medida y no cumplió sus requisitos; y al contrario, negarle tutela cautelar a quien cumple plenamente los requisitos implica una violación de su derecho a la tutela judicial efectiva, uno de cuyos atributos esenciales es el derecho a la efectiva ejecución del fallo, lo cual solo se consigue, en la mayoría de los casos, a través de la tutela cautelar...». (Pérez González, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. Madrid, Civitas, segunda edición, 1989, pp. 227 y ss)». Sentencia número 407 del 21 de junio de 2005, expediente número 2004-805, con ponencia de la Magistrada Dra. Isbelia Pérez Velásquez.

judicial del Estado, lo que no significa a obtener ineluctablemente la razón, sino tener el derecho a un proceso con todas las garantías *iusfundamentales*; (ii) admitido este concepto como un derecho fundamental, se entiende con meridiana claridad que para la tutela cautelar debe concurrir algunos elementos que justifiquen la declaratoria del mismo, siendo ellos los presupuestos normativos por antonomasia: *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y en relación con la solicitud de medidas cautelares indeterminadas, el *periculum in damni*. Ciertamente es que en materia de medidas cautelares de oficio no debe exigírsele a alguna de las partes los requisitos antes mencionados, pero ello no significa que el juez, al momento de decretar la medida en cuestión, corrobore la ocurrencia de esos presupuestos, como forma de legitimar la tutela; (iii) ese requisito es inescindible de la garantía constitucional de la tutela cautelar por cuanto ella misma entraña, por definición, la ponderación de algunos derechos fundamentales⁴⁹: en materia civil por lo general se otorgan medidas cautelares que afectan el derecho fundamental a la propiedad, y en materia penal, por definición, el afectado es el derecho fundamental a la libertad personal. Esto condiciona la declaratoria de la medida a la concurrencia de la presunción de buen derecho y del peligro en la demora; (iv) el método más plausible para la decretar una medida cautelar razonablemente es la ponderación, precisamente por colidir dos principios constitucionales; (v) la medida decretada debe contener términos muy precisos para permitir una efectiva ejecución, es decir, debe patentizarse allí el princi-

⁴⁹ Sobre el juicio de ponderación, *vid.* BERNAL PULIDO, Carlos, «Estructura y límites de la ponderación» en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, número 26, año 2003, pp. 225-238; y BERNAL PULIDO, Carlos, «La racionalidad de la ponderación», en FABRA ZAMORA, Jorge Luis, GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Coord.), *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales*, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, año 2015, pp. 409-433.

pio de determinación objetiva de la medida, con la finalidad de especificarse sobre qué o quienes recaerá los efectos de la medida.

En la sentencia objeto de estudio no sólo no se produjo ninguno de estos argumentos, sino que además por la forma en que fue decretada hace visible la arbitrariedad de la medida: no hubo razonamiento sobre los presupuestos procesales, no hubo ponderación entre los principios constitucionales en conflicto (tutela judicial efectiva versus separación de poderes) y por último, no hubo determinación objetiva, pues la decisión le dio un cheque en blanco al Presidente de la República para que ejerza las funciones parlamentarias de la Asamblea Nacional como juzgue conveniente.

Es por ello que en atención con los conceptos procesales expuestos, la medida cautelar indeterminada decretada de oficio por la Sala Constitucional es violatoria de la constitución.

1.6 Violación al principio de separación de poderes por usurpación de funciones y la consecencial violación al derecho a la democracia

La separación de poderes no sólo es un principio constitucional sino también un principio de orden político; esto en el sentido de representar un ideal organizativo que, como bien se expresó *supra*, es una suerte de hoja de ruta para la consecución de los ideales políticos y jurídicos del gobierno.

Es por ello que la constitución dispone que esta forma de distribución de competencias es un imperativo negativo en el sentido de prescribir que en forma laguna puede existir una usurpación de las funciones inherentes a ca-

da poder, o dicho de otra forma, de las funciones principales de cada rama del Poder Público, sin menoscabo de las funciones concurrentes a las que aludimos anteriormente.

Esta interdicción dirigida a los órganos del Poder Público es una garantía a los ciudadanos de que, en atención a la seguridad jurídica que se desprende del artículo 136 constitucional, la eficacia de las actuaciones de los mentados poderes contendrán, al menos desde el punto de vista formal, una legitimidad de origen, y tendrían, como finalidad última, el respeto de los derechos fundamentales. Ha sido en estos términos en los que la Corte Constitucional de Colombia ha definido el carácter democrático de su gobierno, lo cual, por *analogía iuris*, es extensivo al nuestro:

«Finalmente, la definición del Estado colombiano como democrático entraña distintas características del régimen político : por un lado, que los titulares del Poder Público ejercerán esa calidad en virtud de la voluntad de los ciudadanos, la cual se expresa a través de las elecciones; de otro lado, en lo que ha dado en llamarse democracia participativa, que los ciudadanos no están limitados en su relación con el poder político a la concurrencia a elecciones para seleccionar sus representantes, sino que también pueden controlar la labor que ellos realizan e intervenir directamente en la toma de decisiones, a través de mecanismos como los contemplados en el artículo 103 de la Carta; y, finalmente, y de acuerdo con la reformulación del concepto de democracia, que la voluntad de las mayorías no puede llegar al extremo de desconocer los derechos de las minoría ni los derechos fundamentales de los individuos»⁵⁰.

Pero la sentencia número 155/2017 traspasó el gacete al referido principio al extraerle las competencias constitucionales al Parlamento bajo el falaz argumento del presunto desacato y omisión legislativa en el aún estaría incurso y en el marco del Estado de Excepción, confiriéndoselos al Poder Ejecutivo.

⁵⁰ Sentencia número SU-747/1998.

Según la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del mismo Tribunal Supremo de Justicia, la usurpación de funciones se produce cuando.

«La usurpación de autoridad ocurre cuando un acto es dictado por quien carece en absoluto de investidura pública. Este vicio se encuentra sancionado con la nulidad absoluta del acto. Por su parte, la usurpación de funciones se constata, cuando una autoridad legítima dicta un acto invadiendo la esfera de competencia de un órgano perteneciente a otra rama del Poder Público, violentando de ese modo las disposiciones contenidas en los artículos 136 y 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en virtud de los cuales se consagra, por una parte, el principio de separación de poderes según el cual cada rama del Poder Público tiene sus funciones propias, y se establece, por otra, que sólo la Constitución y la ley definen las atribuciones del Poder Público y a estas normas debe sujetarse su ejercicio»⁵¹.

La doctrina por su parte la ha categorizado como:

«La usurpación de funciones, a diferencia de la usurpación de autoridad, es el acto de una autoridad legítima que “invade” la esfera de competencia de un órgano perteneciente a otra rama del Poder Público, violando, de esa manera, los artículos 117 y 118 de la Constitución Nacional (hoy artículos 137 y 136, respectivamente) definitorios de los principios de legalidad (“la Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público ya ellas debe sujetarse su ejercicio”, Art. 117) y de separación de poderes (“cada una de las ramas el poder Público tiene sus funciones propias”, Art. 118); además, como es lógico, del dispositivo constitucional específico que atribuye la “función usurpada” a ese otro órgano del Poder Público»⁵².

Como vemos, luce patente la írrita traslación de las funciones parlamentarias a favor del Poder Ejecutivo por cuanto no sólo esto es una violación material al principio constitucional de la separación de poderes —hollando el concepto de constitución previsto en el artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano— sino que además el vicio procesal en el que es conducida esta infición constitucional deja entrever que la decisión tiene claras motivaciones políticas.

⁵¹ Sentencia número 1.747 del 11 de julio de 2006, expediente número 2011-662, con ponencia del Magistrado Dr. Levis Ignacio Zerpa.

⁵² MEIER E., Henríque, *Teoría de las Nulidades en el Derecho Administrativo*, Segunda edición, Editorial Jurídica Alva, Caracas, año 2001, p. 309.

Y esto, a su vez, constituye una violación al recientemente catalogado derecho humano a la democracia, lo cual, en palabras de Asdrúbal Aguiar, en relación con el contenido de la Carta Democrática Interamericana, significa lo siguiente:

«En primero lugar destaca la señalada calificación de la democracia como derecho de los pueblos en línea diversa a su consideración como sistema o régimen político de Gobierno, según lo previsto en el artículo 1.

El igual artículo 1 del proyecto de la Carta decía sin más, destacando su elemento subjetivo e infiriendo, de suyo, el derecho correlativo del sujeto de la norma a la tutela de “su” correspondiente derecho, que “los pueblos de América tienen derecho a la democracia” (...)

La realización o teleología de la democracia como derecho humano de los pueblos, en suma, es lo que importa y obliga a la OEA. “a la luz del derecho internacional — como lo hiciera presente en sus observaciones el Comité Jurídico Interamericano—, lo que interesa es el hecho que la democracia representativa efectivamente se ejerza. Además, habría “que considerar que lo que se pretende es que ese ejercicio efectivo de la democracia constituya el sustento del sistema interamericano”, finaliza el Comité»⁵³.

La democracia, pues, no es tanto un sistema de gobierno basado en elecciones, cuanto más bien un sistema de derechos, deberes y garantías que tienen como cúspide los principios constitucionales y los derechos fundamentales, siendo éstos últimos el coto natural y típico de la actuación de los poderes públicos. Bajo este concepto es identificable la violación hecha por la Sala Constitucional al usurpar las funciones del Parlamento pues, además de inficionar la seguridad jurídica que se desprende de la democracia, induce al Poder Ejecutivo a actuar precisamente fuera de sus competencias, lo que conduce a que el resultado de dicho ejercicio sea por lo general un objetivo

⁵³ AGUIAR, Asdrúbal, *El Derecho a la Democracia. La democracia en el Derecho y la Jurisprudencia Interamericanos. La Libertad de Expresión, piedra angular de la Democracia*, Editorial Jurídica Venezolana, Observatorio Interamericano de la Democracia, Caracas, año 2008, pp. 142-146.

bastante alejado de los cometidos esperados por los ciudadanos. Esto se verifica en la incapacidad de legislar adecuada y racionalmente por parte del Presidente de la República, como de seguidas veremos.

1.7 Violación al principio de reserva legal

Como señaláramos, una de las consecuencias de «otorgarle» competencias que no le son propias a un órganos —y más aún de la manera en que se ha hecho, con una sentencia violatoria de derechos constitucionales— conduce a la elaboración de actos jurídicos que, si bien de inicio están viciados de nulidad absoluta por inconstitucionalidad de origen, poseerán, sin la menor duda, errores y vicios en el contenido de los tales. Y esto encuentra asidero en la incapacidad de dichos órganos para desempeñar esos actos, como lo será la potestad legislativa que dentro del marco de esta espuria transferencia, realizará el Poder Ejecutivo, órgano unipersonal que por obvias razones carece de capacidad de debate —elemento este intrínseco del Parlamento y necesario para la ponderación inicial de los derechos y deberes a positivizarse—.

Pero aunado a ello, sostenemos que además, de origen, existe una violación constitucional en el otorgamiento antes referido: la Sala Constitucional confiere unas competencias al Ejecutivo que son privativas del Poder Legislativo y que jamás podrían ser delegadas en ese o ningún otro poder, por ser inherentes al Parlamento. Nos referimos concretamente al principio de la reserva legal.

La reserva legal es una garantía constitucional atinente a la función legislativa sobre ciertas materias; éstas solo pueden regularse por «ley» en el marco del sentido que le otorga la constitución en el artículo 202 «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».

Esto significa que Ley, en sentido formal:

«(...) alude claramente esos requisitos: a) origen: únicamente puede ser aprobada o sancionada por la Asamblea Nacional; de allí, que ningún otro instrumento normativo, aunque tenga fuerza ley, que provenga de cualquier otro Poder Público, verbigracia el Ejecutivo Nacional, pueda tener el carácter de ley, a tenor de lo pautado en el esquema constitucional bajo examen.

b) Procedimiento legislativo. Este requisito se deriva del artículo 202 constitucional que condiciona el perfeccionamiento de la ley a que su formación y aprobación deba tener su origen en la Asamblea Nacional, pero además impone que este órgano actúa necesariamente como “cuerpo legislador”. En ese contexto normativo es necesario precisar previamente que el Parlamento venezolano ejerce primariamente su función existencial que no es otra que la de legislar, pero al mismo tiempo control al gobierno y a la Administración Pública, en lo que se traduce en un conjunto de actos dentro de los cuales destacan las autorizaciones, aprobaciones, investigaciones, votos de censura, etc.

De tal manera que sólo cuando legisla sobre materias de competencia nacional, actúa como “cuerpo legislador”. Pero esa actuación aparece totalmente reglada por normas que diseñan el procedimiento de formación de la ley, contenidas en la Constitución y en el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional; de allí que a la postre el requisito formal se traduzca en la aprobación de la ley dando cumplimiento a las fases que integran el referido procedimiento legislativo. No basta entonces, con la aprobación de la ley por la Asamblea Nacional debido a que se requería concurrentemente que ella sea el resultado de la aplicación del aludido procedimiento.

c) “Denominación”. Todo acto sancionado por la Asamblea Nacional, dando cumplimiento al procedimiento legislativo, se denomina “ley”, que dese luego, debe ser acompañada con el calificativo que corresponda, dependiendo del tipo que se trate, con la particularidad de que cuando carece de calificativo, debe entenderse que es una ley ordinaria. De modo, pues, que la denominación, tal como ocurría en la primera Constitución francesa, es uno de los elementos que sirven para definir a la ley forma.

En todo caso todos los elementos o variables mencionados quedan englobados en el concepto de ley formal, debido a que están desvinculados de toda referencia al contenido del texto legislativo»⁵⁴.

A tenor de lo antes copiado, es inconcusa la inconstitucionalidad de la atribución de competencias al Ejecutivo para que legisle sobre materias sensibles que por su naturaleza deben ser discutidas por el Parlamento; concretamente nos referimos a las leyes sustantivas y procesales relativas a asuntos penales, verbigracia, la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, la Ley Contra la Corrupción, el Código Penal, el Código Orgánico Procesal Penal y el Código de Justicia Militar.

Estas materias por guardar relación con derechos fundamentales —y algunas de ellas por ser leyes orgánicas— requieren de la necesaria participación del Parlamento como cuerpo deliberante, por lo tanto serían inconstitucionales las promulgaciones de esas indicadas leyes bajo el ropaje de esa «habilitación» hecha por la Sala: (i) porque este tipo de «atribución» es inconstitucional en cuanto a su formulación; (ii) no estar suficientemente habilitado el Presidente de la República para legislar; (iii) por dictarse por un órgano carente de deliberación parlamentaria —violación a la reserva legal— .

1.8 Falta de aplicación de las normas relativas a la inmunidad parlamentaria

La sentencia 155/2017 establece una argumentación exigua pero a su falaz —pues parte de premisas erradas— en la cual despoja a los diputados de la Asamblea Nacional de la inmunidad parlamentaria:

⁵⁴ PEÑA SOLÍS, José, *El procedimiento legislativo en Venezuela*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, año 2009, pp. 21-22.

«Resulta oportuno referir que la inmunidad parlamentaria sólo ampara, conforme a lo previsto en el artículo 200 del Texto Fundamental, los actos desplegados por los diputados en ejercicio de sus atribuciones constitucionales (lo que no resulta compatible con la situación actual de desacato en la que se encuentra la Asamblea Nacional) y, por ende, en ningún caso, frente a ilícitos constitucionales y penales (flagrantes) (ver sentencia de esta Sala Constitucional n.º 612 del 15 de julio de 2016 y de la Sala Plena nros. 58 del 9 de noviembre de 2010 y 7 del 5 de abril de 2011, entre otras)».

Es decir, según la Sala Constitucional los diputados no tienen la garantía material de la inmunidad parlamentaria por cuanto al estar presuntamente incurso en un desacato, no puede dictar actos parlamentarios de ningún tipo, es decir, no podrían ejercer la función parlamentaria y consecuencia de ello resultaría que, a tenor del discurso de la Sala, no tienen la prerrogativa procesal de inmunidad parlamentaria. Esta afirmación es falsa, con base a los siguientes argumentos:

La inmunidad parlamentaria es concebida por la mejor doctrina como:

«La inmunidad procesal, es una garantía formal, de carácter impeditivo, que ampara a los parlamentarios por actos relativos al ejercicio de su cargo, se trata de una garantía, en cuanto a condición de procedibilidad, encaminada a la protección de diputados y senadores, frente a toda acusación penal, que pueda implicar una privación de libertad, y el impedimento de asistencia a las Cámaras de uno de sus miembros»⁵⁵.

A tenor de estas consideraciones entendemos que la inmunidad parlamentaria es una institución de derecho constitucional particularizado —derecho parlamentario— en el cual los miembros del Parlamento gozan de la prerrogativa procesal de antejuicio de mérito respecto a las posibles imputaciones penales durante el ejercicio de sus funciones, como garantía de los ciudadanos de que el órgano legislativo nacional no se verá imposibilitado de realizar sus actuaciones constitucionales por falta de *quórum*; y esto, a su vez, se

⁵⁵ JIMÉNEZ M., Rafael Simón, *La inmunidad parlamentaria en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, año 2011, p. 19.

convierte en una obligación negativa de los demás poderes —en especial, del judicial— de no interferir y simplemente a coadyuvar a esa actividad constitucional. De manera que sólo podría proceder algún tipo de imputación penal en el supuesto en que se haga la apertura de un procedimiento de desafuero por parte de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia al realizar un antejuicio de mérito donde evalúen y ponderen la pertinencia de levantar la inmunidad en cuestión.

Como vemos, ese no es el caso de marras, sino que en atención a un supuesto desacato —el cual está reñido con la crítica del foro especializado jurídico— la Sala «considera» que los diputados no están en posición de gozar del fuero de inmunidad parlamentaria, por lo cual declara la inexistencia de la misma en tanto y en cuanto persista esa supuesto desacato.

Esto además de grave desde el punto de vista constitucional, también es suspicaz: llama la atención que en la misma decisión donde se calificó a los diputados de estar incurso en el delito de traición a la patria, también se declara la inexistencia de la inmunidad parlamentaria, abriéndoles quizá las puertas para un eventual proceso penal.

1.9 De la garantía de ineficacia de las decisiones de la autoridad usurpada

La constitución, como documento normativo racional, contempla los medios con los cuales puede ella misma puede defenderse de eventuales violaciones. Y en una de esas disposiciones establece la consecuencia jurídica de la actuación incompetencial de algún funcionario: la ineficacia por nulidad absoluta del mismo.

En efecto, el artículo 138 establece «Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos». Esto quiere decir que cuando un sujeto realiza funciones que les son ajenas, los efectos de los mismos serán ineficaces, y ello encuentra fundamento en el argumento en contrario que establece que la consecuencia de un acto desplegado por una autoridad competente para ello es absolutamente legítimo y racional, por cuanto ese es el desiderátum de su positivización en la constitución.

Además, sólo en virtud de la garantía de vigencia de las actuaciones legítimas de los funcionarios públicos, es que puede concebirse un Estado progresivo en materia de protección de los derechos subjetivos y colectivos, y sobre todo en los derechos fundamentales. Para ilustrar este aserto basta un ejemplo: las actuaciones de un juez civilista que juzga delitos es ineficaz por cuanto el juez en cuestión no tiene competencia —y técnicamente carece de conocimientos precisos— en materia penal; pero cuán efectivo será un juez civil decidiendo sobre la resolución de un contrato civil.

Pues bien, eso es lo que ocurre en el caso de las mentadas sentencias: la Sala Constitucional actuó no sólo como órgano judicial sino como Poder Constituyente al reformar criterios constitucionales mediante el uso de una argumentación escueta, y además usurpó competencias del Parlamento al delegar competencias legislativas en favor del Presidente de la República.

Este hecho adolece de la más nítida inconstitucionalidad de origen, entonces la consecuencia directa y legítima es la ineficacia de la sentencia en sí y de los subsiguientes actos que el Poder Ejecutivo.

No decimos con esto que ocurrirá inconcusamente, pero es el deber ser. Como fuere, al ser actos que lesionan gravemente los derechos constitucionales de los ciudadanos, es posible y viable invocar el contenido de los artículos 333⁵⁶ y 350⁵⁷ de la constitución en lo tocante a esta manifiesta usurpación de funciones.

2 Las aclaratorias números 157/2017 y 158/2017 de la Sala Constitucional

El día 31 de marzo de 2017, la Fiscal General de la República, Luisa Ortega Díaz, en el acto de presentación de su memoria y cuenta, profirió un expreso rechazo al contenido de las decisiones objeto de este ensayo, indicando que:

«(...) [se] evidencia varias violaciones al modelo constitucional. Las sentencias del TSJ constituyen una ruptura del orden democrático constitucional.

...Omissis...

Como máxima representante del Ministerio Público y en nombre de los casi diez mil funcionarios, y adicional, los casi 3 mil fiscales que ejercen de forma autónoma la acción penal, llamamos a la reflexión, para que se tomen caminos democráticos, que respetando la Carta Magna, propiciemos un ambiente de respeto y rescate de la pluralidad. A que se debata de forma democrática y respetando las diferencias.

...Omissis...

Conseguir caminos institucionales que garanticen la paz y superen los obstáculos que impiden actualmente brindar la calidad de vida que demanda nuestra población»⁵⁸.

⁵⁶ «**Artículo 333.** Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella. / En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia».

⁵⁷ «**Artículo 350.** El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos». Para más sobre el tema del desconocimiento de esta clase de actos, *vid.* PABÓN RAYDAN, Jorge Enrique, *Artículo 350 de la Constitución ¿Se consagra el derecho a la rebelión?*, Universidad Central de Venezuela, Serie Trabajos de Ascenso número 8, Caracas, año 2006.

⁵⁸ «Fiscal General: "Sentencias del TSJ representan una ruptura del hilo constitucional"», publicado en el semanario *Tal Cual* en fecha 31 de marzo de 2017, disponible en <http://www.talcualdigital.com/Nota/141005/fiscal-general-sentencias-del-tsj-representan-una-ruptura-del-hilo>

Estas declaraciones tuvieron una repercusión política importante, al punto de que el Presidente de la República decidió, esa misma noche, convocar al Consejo de Defensa de la Nación para superar el *impasse*⁵⁹ —a su decir— ocurrido entre los poderes judicial y moral.

Este Consejo de Defensa de la Nación es una figura contenida en la constitución en el artículo 323 que establece:

«**Artículo 323.** El Consejo de Defensa de la Nación es el máximo órgano de consulta para la planificación y asesoramiento del Poder Público en los asuntos relacionados con la defensa integral de la Nación, su soberanía y la integridad de su espacio geográfico. A tales efectos, le corresponde también establecer el concepto estratégico de la Nación. Presidido por el Presidente o Presidenta de la República, lo conforman, además, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional, el Presidente o Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, el Presidente o Presidenta del Consejo Moral Republicano y los Ministros o Ministras de los sectores de la defensa, la seguridad interior, las relaciones exteriores y la planificación, y otros cuya participación se considere pertinente. La ley orgánica respectiva fijará su organización y atribuciones».

Como se observa de la norma, las funciones de este Consejo se refieren a consultoría en materia de defensa y seguridad nacional, es decir, en temas de naturaleza eminentemente militar. La convocatoria de este consejo para analizar las consecuencias políticas que tuvieron las sentencias 155/2017 y 156/2017 es indebida, por decir lo menos, pues como bien refirió José Ignacio Hernández:

constitucional.

⁵⁹ «Hoy producto de una sentencia del TSJ surgió una discrepancia entre órganos del Poder Público que fue transmitido en vivo y directo por venezolana de televisión, no sabía nada del pronunciamiento que iba a hacer la fiscal, como no sabía nada de la sentencia del TSJ, tengo mi opinión como Jefe de Estado de una y otra cosa (...) Debe ser que entonces yo le escribí el discurso a la fiscal y la sentencia a la Sala Constitucional (...) en Venezuela hay Poderes Públicos legítimos y constitucionales, y cada Poder actúa apegado a la Constitución y su conciencia», en «Maduro califica de “impasse” la declaración sobre ruptura del hilo constitucional de la FGR», publicado en el portal de noticias La Patilla en fecha 31 de marzo de 2017, disponible en <https://www.lapatilla.com/site/2017/03/31/maduro-califica-de-impasse-la-declaracion-de-ruptura-del-hilo-constitucional-de-la-fgr/>.

«Lo primero que hay que destacar es que el Consejo Nacional de la Defensa, al dictar este comunicado, violó el Artículo 323 de la Constitución, pues actuó fuera de su competencia. Ese Consejo solo puede actuar como órgano consultor en materia de defensa integral. Pero el Consejo carece de competencia para pronunciarse sobre “conflictos” de Poderes o sentencias de la Sala Constitucional»⁶⁰.

El llamado del primer mandatario al Consejo de Defensa de la Nación tuvo como finalidad emitir un comunicado⁶¹ bajo la forma de exhorto. Estas conclusiones emitidas por el Consejo —con la pública venia del Presidente de la República— se convirtieron en un auténtico mandato —que no exhorto— a la Sala Constitucional para que modificara su decisión⁶².

Sin embargo, el efecto de esta declaración no se hizo esperar: el día sábado 1° de abril de 2017 la Sala Constitucional dictó par de sentencias «aclaratorias» con la cual daba por superado el *impasse*⁶³ entre los poderes judicial y moral.

⁶⁰ HERNÁNDEZ, José Ignacio, *Sobre el inconstitucional exhorto del Consejo de Defensa Nacional al TSJ*, publicado en Prodavinci en fecha 1° de abril de 2017, disponible en <http://prodavinci.com/blogs/sobre-el-inconstitucional-exhorto-del-consejo-de-defensa-nacional-al-tsj-por-jose-ignacio-hernandez/>.

⁶¹ Al ser una declaración emitida en el marco de una incompetencia manifiesta del Consejo Nacional de Defensa, pues se estaba discutiendo un tema alejado de elementos de seguridad de la nación, este acto volitivo carece de eficacia jurídica, y en el mejor de los casos sólo puede ser concebido como un mero comunicado.

⁶² Al respecto, José Ignacio Hernández comentó «(...) el comunicado viola los principios más básicos del Derecho venezolano, al “exhortar” la revisión de las sentencias Nro. 155 y 156. Pues en estricto sentido, esas sentencias no pueden ser revisadas por nadie, ni pueden ser corregidas, al haber vencido el lapso previsto para ello. Tampoco puede la Sala Constitucional “revocar” esas sentencias (...) si analizamos esta situación objetivamente, desde la Constitución, habría que señalar que si la Sala Constitucional cumple con el comunicado del Consejo, es por cuanto carece de autonomía e independencia. Por composición numérica, el Consejo es dominado por el Gobierno, y según la Constitución, la Sala Constitucional debe ser autónoma frente al Gobierno. Todo lo contrario a lo que se desprende del comunicado, en el cual pareciera que, por consensos dentro del Consejo, se pactan decisiones del Tribunal (...) este comunicado, por todo lo anterior, no rehabilita a la Asamblea. La única manera de cumplir con el Artículo 333 de la Constitución es restableciendo el pleno ejercicio de las funciones de la Asamblea Nacional, permitiendo que ésta, en representación del pueblo venezolano, dicte Leyes, designe a funcionarios y magistrados y controle al Gobierno. Esto, en todo caso, no sería suficiente, pues todavía quedarían pendientes asuntos de fundamental importancia para el correcto funcionamiento de la democracia, como convocar a las elecciones inconstitucionalmente diferidas y liberar a los presos políticos», *vid. Sobre el inconstitucional exhorto del Consejo de Defensa Nacional al TSJ*, publicado en Prodavinci en fecha 1° de abril de 2017, disponible en <http://prodavinci.com/blogs/sobre-el-inconstitucional-exhorto-del-consejo-de-defensa-nacional-al-tsj-por-jose-ignacio-hernandez/>.

⁶³ «Hemos avanzado en importantes acuerdos y soluciones. Se ha acordado por parte de los integrantes del Consejo de Seguridad de la Nación, y puedo decir que con la lectura de este comunicado y con la publicación de la acla-

En la sentencia número 157/2017 la Sala «aclaró» el contenido de la sentencia número 156/2017 en los siguientes términos:

«En el marco del derecho a la información veraz y oportuna que tienen los ciudadanos y ciudadanas y habitantes de la República, esta Sala Constitucional en el ámbito de sus competencias en Protección de la Constitución y velando por el ejercicio pleno de este derecho, observa que se difundieron diversas interpretaciones erradas sobre algunos aspectos de la decisión objeto de esta aclaratoria.

Ahora bien, la convocatoria efectuada por el Jefe del Estado en aplicación del artículo 323 de la Constitución para reunir al Consejo de Defensa de la Nación, a objeto de tratar en su seno la controversia surgida entre autoridades del Estado venezolano, se nos presenta como una situación inédita para la jurisdicción constitucional.

Sobre la base de lo antes expuesto, en ejercicio de la potestad que para este caso corresponde y con base en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, el cual es aplicable supletoriamente a las causas que conoce este Máximo Tribunal, en concordancia con el artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala **procede de oficio a aclarar** que en el fallo n° 155 dictado el 28 de marzo de 2017 el dispositivo 5.1.1 y lo contenido sobre el mismo en la motiva; así como lo referido a la inmunidad parlamentaria, obedecen a medidas cautelares dictadas por esta Sala conforme a la amplia potestad que es propia de su competencia (artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia) y, en consecuencia, como garantía de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 26 constitucional, teniendo en cuenta que las mismas se caracterizan por la instrumentalidad, provisionalidad y mutabilidad, esto es, que para este ejercicio se tendrán en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto (sentencia de esta Sala n° 640 del 30 de mayo de 2003), se revocan en este caso la medida contenida en el dispositivo 5.1.1, así como lo referido a la inmunidad parlamentaria. Así se decide».

Por su parte, la sentencia número 158/2017 «aclaró» la sentencia número 156/2017 de la siguiente manera:

«(...) la convocatoria efectuada por el Jefe de Estado en ejercicio del artículo 323 de la Constitución para reunir al Consejo de Defensa de la Nación, a objeto de tratar en

ratoria respectiva, queda superada esta controversia demostrando las capacidades de diálogo (...) para garantizar la controversia que se transformó en un 'impasse' sea canalizado y despejado, y se siga ratificando el camino de plena vigencia de la democracia participativa y protagónica, directa de la constitucionalidad del estado de derecho de justicia, y sigamos afrontando los problemas 'principales que tiene nuestro país», «Maduro: Controversia entre Fiscalía y TSJ queda superada», publicado en el portal web del canal de noticias *Globovisión*, en fecha 31 de marzo de 2017, disponible en <http://globovision.com/article/maduro-controversia-entre-mp-y-tsj-queda-superada>.

su seno la controversia surgida entre autoridades del Estado venezolano, se nos presenta como una situación inédita para la jurisdicción constitucional.

Sobre la base de lo antes expuesto, en ejercicio de la potestad que para este caso corresponde y con base en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, el cual es aplicable supletoriamente a las causas que conoce este Máximo Tribunal, en concordancia con el artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala **procede de oficio a aclarar** que en el fallo n° 156 dictado el 29 de marzo de 2017 los dispositivos 4.3 y 4.4 y lo que respecta a lo indicado en la parte motiva sobre los mismos, tienen naturaleza cautelar, en vista de que el desacato de la Asamblea Nacional, que le impide el ejercicio de sus atribuciones constitucionales es de carácter circunstancial; y, en todo caso, esta Sala no ha dictado una decisión de fondo que resuelva la omisión. Tratándose, en consecuencia, de medidas cautelares dictadas por esta Sala conforme a la amplia potestad que es propia de su competencia (artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia) y, en consecuencia, como garantía de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 26 constitucional, teniendo en cuenta que las mismas se caracterizan por la instrumentalidad, provisionalidad y mutabilidad, esto es, que para este ejercicio se tendrán en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto (sentencia de esta Sala n° 640 del 30 de mayo de 2003), se revocan, en este caso, las medidas cautelares contenidas en los dispositivos 4.3 y 4.4. Así se decide.

Téngase la presente decisión como parte complementaria de la sentencia n° 156 del 29 de marzo de 2017. Así se decide».

Nótese que en ambas decisiones la Sala actúa «de oficio» aún cuando reconoce que ha atendido al exhorto del Consejo de Defensa de la Nación. Sin embargo, respecto a la figura de la aclaratoria conviene hacer las siguientes precisiones:

La aclaratoria es un medio eminentemente procesal que guarda por finalidad la de resolver los puntos dudosos que pueda contener una decisión. Debe ser dictada por el mismo juez que resolvió la controversia. Se encuentra previsto en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil de la siguiente manera:

«**Artículo 252.** Después de pronunciada la sentencia definitiva o la interlocutoria sujeta a apelación, no podrá revocarla ni reformarla el Tribunal que la haya pronuncia-

do. Sin embargo, el Tribunal podrá, a solicitud de parte, aclarar los puntos dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos que aparecieran de manifiesto en la misma sentencia, o dictar ampliaciones, dentro de tres días, después de dictada la sentencia, con tal de que dichas aclaraciones y ampliaciones las solicite alguna de las partes en el día de la publicación o en el siguiente».

Resulta preciso resaltar que dicho medio no constituye un recurso judicial, pues no tiene como finalidad anular la decisión a través de un nuevo fallo dictado por un juez superior⁶⁴. Ricardo Henríquez La Roche la define como:

«(...) la parte tiene derecho a solicitar aclaratorias, salvaturas, rectificaciones y ampliaciones. Las primeras conciernen a puntos sobre los cuales recaiga verdaderamente una duda o incógnita pero nunca puede el tribunal, so pretexto de aclaratorias, revocar, transformar o modificar su fallo»⁶⁵.

Duque Corredor también ha acotado al respecto:

«Esta solicitud está circunscrita a los casos de puntos dudosos u oscuros, con el fin de obtener una mayor claridad respecto de lo decidido, pero no a una modificación de su alcance y de su contenido, puesto que esto sería una violación del principio de inmodificabilidad de la sentencias después de pronunciadas»⁶⁶.

Por su parte, la doctrina judicial de la Sala de Casación Civil la ha definido como:

«Estima necesario la Sala, consignar las reflexiones que, sobre el tema de la figura jurídica legal de la aclaratoria ha venido considerando la doctrina y la jurisprudencia.

Al respecto, la extinta Corte Suprema de Justicia, en decisión del 7 de agosto de 1991, expediente N° 90-239 en el juicio de Jaime Lusinchi contra Gladys de Lusinchi, señaló:

«...La petición de aclaratoria es un remedio procesal, mediante el cual, a petición de parte, aún cuando para gran mayoría de la doctrina procesal, también de oficio pueda

⁶⁴ JIMÉNEZ ESCALONA, Víctor, «La revisión constitucional y su impacto sobre la cosa juzgada», en *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional*, número 8, febrero 2017, pp. 651-703.

⁶⁵ HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo, *Código de Procedimiento Civil*, Tomo II, Ediciones Liber, Caracas, año 2006, p. 274.

⁶⁶ DUQUE CORREDOR, Román J., *Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario*, Tomo I, Ediciones Fundación Projusticia, Colección Manuales de Derecho, Caracas, año 2000, p. 408.

hacerlo el Tribunal, se procura lograr que la sentencia, cumpla su función de resolver el proceso de modo expreso, positivo y preciso, con arreglo a las acciones deducidas en el juicio, depurándolo de errores materiales, oscuridades y omisiones acerca de las pretensiones oportunamente deducidas y discutidas

(...Omissis...)

Los autores son contestes al opinar que el ejercicio de tal facultad sólo es procedente, a) cuando se trate del caso real de la existencia de alguna expresión oscura en la sentencia, que no sea corregir un aspecto de la “volición”, sino de la expresión. En otras palabras, referente a la oscuridad, se ha dicho que esta (Sic) debe ser meramente formal y no una deficiencia de razonamiento de la génesis lógica de la sentencia. b) otro de los supuestos contemplados en la misma norma, refiere esa potestad a que en efecto se constate la existencia de simples errores de cálculo, matemáticos o de referencia, apreciables en el fallo y respecto de asuntos que han sido objeto del debate, se trata pues, de simples errores materiales, cuya corrección no implica modificar el fallo; y c) finalmente en los casos de ampliación, los cuales considera la doctrina constituyen los supuestos que admiten mayor fuente de incertidumbre, conforme a los que procede cuando existe “alguna omisión” en la sentencia y a su vez implicará una modificación de ella (Sic), puesto que requiere, de ser pertinente, la inclusión de algún punto que no estaba resuelto expresamente en la sentencia....” (El subrayado es del texto)

Continuando con el análisis, el hoy Magistrado de este Tribunal Supremo de Justicia, Levis Ignacio Zerpa, en publicación de la revista “Themis” del Colegio de Abogados del estado Lara, en referencia a la ampliación de la sentencia, expresó:

“...La ampliación consiste en un pronunciamiento complementario que hace el Juez sobre alguna cuestión esencial del litigio, cuando ella (Sic) no ha sido debidamente considerada o resuelta en la sentencia. Se trata de añadir al fallo un pronunciamiento necesario que antes no se había hecho, es decir, que antes había sido omitido por el Juzgador. Es por esto (Sic) que también se le da el nombre, en la actual doctrina procesal, de **adición** de la sentencia...” (Resaltado del texto)

Por otra parte, la jurisprudencia reciente de la Sala Político Administrativa, en decisión del 17 de febrero de 2000, expediente N°.16.623, sentencia 186, dijo:

“...La posibilidad jurídica de hacer correcciones a las sentencias judiciales, por medios específicos, esta (Sic) prevista en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil. Tales medios de corrección de los fallos son los siguientes: las aclaratorias, las salvaturas, las rectificaciones y las ampliaciones. Cada uno de ellos (Sic) tiene por objeto finalidades distintas, conforme a las deficiencias que presenten las sentencias. La lectura del citado artículo 252, en su parte pertinente, así no los pone de manifiesto:

(...Omissis...)

Para la procedencia de la corrección de la sentencia, cuando se hace a solicitud de parte, es necesario verificar si la actuación se hizo dentro del lapso previsto en la norma antes transcrita, es decir, el día de la publicación o el día de despacho siguiente....”

Más recientemente, la mentada Sala, en el juicio de acción conjunta de Amparo y Nulidad ejercido, por la sociedad de comercio distinguida con la denominación mercantil Promotora Jardín Calabozo, C.A., contra los actos emanados de la Alcaldía y del Concejo Municipal de Municipio Francisco de Miranda del estado Guárico, expediente N° 0228, sentencia 00948 de fecha 26 de abril de 2000, estableció:

“...No obstante ello (Sic), considera esta Sala que, más que tener la facultad, los Jueces están en la obligación de corregir las faltas o errores que se hayan producido en los actos procesales, que es lo que la doctrina ha denominado “el despacho saneador”

En este sentido, conforme a lo establecido en los artículos 2, 3, 26 y 257, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Estado (Sic) debe garantizar una justicia sin dilaciones indebidas, sin formalismos y reposiciones inútiles a fin de que ésta –la justicia- pueda ser accesible. Idónea, transparente y expedita....”

En igual estilo, la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, en el expediente N° 00-0583, sentencia del 20 de junio de 2000, consideró lo siguiente:

“...Ahora bien, por otra parte, las precedentes declaratorias de inadmisibilidad no conforman obstáculo alguno para que esta Sala, actuando de conformidad con las potestades que al efecto le confiere el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil, por ser los Magistrados de esta Sala directores del proceso hasta que llegue a su conclusión, proceda a enmendar un error de mera naturaleza formal, y que en manera alguna altera el verdadero y evidente sentido del fallo cuya corrección se realiza....”

En ese orden la doctrina autoral patria, en opinión de Román Duque Corredor, en su obra Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario, año 1990, pág. 328, ha dicho:

“...la jurisprudencia y la doctrina son unánime en descartar como objeto de la solicitud de aclaratorias, las críticas de los fallos: Y además, debe referirse al dispositivo de la sentencia y no a su parte motiva (...).

De allí que la solicitud de aclaratoria es un verdadero medio de interpretación de la sentencia y ***no de impugnación de su fundamentación y decisión***...” (Lo resaltado es de la Sala)

Con estos antecedentes queda claramente determinado que la aclaratoria es el mecanismo procesal a través del cual, el jurisdicente, por impulso de las partes, podrá aclarar, salvar, rectificar o ampliar su propia decisión; dicha actuación persigue que en definitiva queden precisados los puntos del dispositivo, como esencia del efecto inmediato de la sentencia, que si bien pudiera no significar el fin de la controversia, es

sin lugar a dudas, pieza necesaria de la sistematización para el resultado definitivo de la misma»⁶⁷.

La Sala Político Administrativa, bajo un criterio aún más pedagógico, especificó cada una de las figuras previstas en el indicado artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, de la siguiente manera:

«Resuelto lo precedente, es necesario señalar que el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil alude a la posibilidad jurídica de corregir las sentencias, mediante las figuras de: aclaratoria, salvatura, ampliación y rectificación. Se trata de figuras distintas según las deficiencias que presenten los fallos, pero dirigidas a un objetivo común que es “*lograr la determinación precisa del alcance del dispositivo en aquél contenido, orientada a su correcta ejecución*” (*vid.*, sentencia de esta Sala Nro. 01383 del 25 de noviembre de 2015, caso: *Banco Central de Venezuela*), sin que ello implique modificar la decisión de fondo emitida, ni realizar un nuevo examen de los planteamientos de las partes.

En ocasiones anteriores, la Sala ha dejado sentado en qué consiste cada una de las figuras en comentario, indicando que la **aclaratoria** constituye un medio por el cual el órgano jurisdiccional expone, con mayor claridad algún punto presentado de manera oscura, ambigua o contradictoria en la decisión; que la **ampliación** tiene una función extensiva y de desarrollo de puntos incompletos en el fallo sujeto a corrección; que la **salvatura** consiste en agregar un pronunciamiento de índole material que ha sido omitido involuntariamente por el Tribunal en la decisión (*vid.*, sentencia de esta Sala Político-Administrativa Nro. 00080 del 19 de enero de 2006, caso: *Inversiones Sabenpe, C.A.*), y que la **rectificación** tiene por objeto corregir “*los errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos, que aparecieren de manifiesto en la misma sentencia*”, es decir, subsanar errores materiales en el fallo, pero sin modificar sustancialmente su contenido»⁶⁸.

Como vemos, bajo las premisas antes señaladas, la aclaratoria es un medio garantista de la correcta procedencia de una decisión judicial, pues al procurar el entendimiento de las razones expuestas en el cuerpo del fallo permitir-

⁶⁷ Sentencia número 351 del 16 de febrero de 2001, expediente número 1999-743, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Oberto Vélez.

⁶⁸ Sentencia número 587 del 13 de junio de 2016, expediente número 2015-0069, con ponencia del Magistrado Dr. Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta.

ía una eventual ejecución idónea, garantizando la tutela judicial efectiva de los justiciables.

Sin embargo, esto no significa que lo ocurrido en las decisiones 157 y 158 del 1° de abril de 2017 sean propiamente una aclaratoria, por cuanto: (i) no existe una solicitud formal de aclaratoria por alguna de las partes, pues la Sala actúa de oficio —o al menos eso indica en el cuerpo del fallo, más allá de que al relacionar los hechos del exhorto del Consejo de Defensa de la Nación y las subsiguientes decisiones, se evidencia el cumplimiento de un mandato del Ejecutivo, inficionándose el principio de separación de poderes una vez más—, violando el contenido del mentado artículo 252 y con ello subvierte las normas procesales sobre el tema⁶⁹; (ii) aunado al hecho de que nadie formalmente pidió la aclaratoria, en el hipotético caso de que se acuerde que la aclaratoria de oficio es legítima, no se cumplió con el lapso previsto en el Código de Procedimiento Civil para la procedencia de la aclaratoria pues las mismas se realizaron entre 4 y 5 días después de dictadas las sentencias 155 y 156; (iii) nuevamente insistimos que las aclaratorias fueron dictadas en un día que no hubo despacho, pues fue el sábado 1° de abril de 2017, violándose lo previsto en el artículo 7 y 193 del Código de Procedi-

⁶⁹ Sin embargo, hay un precedente jurisprudencial al respecto, el cual nos parece igualmente ilegítimo por desnaturalizar el contenido de la anotada norma «(...) Si bien el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil establece que las aclaratorias deben hacerse a solicitud de parte, siempre y cuando se hayan pedido el mismo día de publicación de la sentencia o en el siguiente, ello no es óbice para que, en uso del poder que todo juez tiene de emitir cualquier pronunciamiento necesario, cuando se trate de salvaguardar el orden público o las buenas costumbres, puedan corregirse los errores materiales que estén presentes en el fallo. Así, esta Sala en su sentencia de fecha 20 de junio de 2000, n° 00-566, procedió en los siguientes términos: / “Ahora bien, por otra parte, las precedentes aclaratorias de inadmisibilidad no conforman obstáculo alguno para que esta Sala, actuando de conformidad con las potestades que al efecto le confiere el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil, por ser los Magistrados de esta Sala directores del proceso hasta que llegue a su conclusión, proceda a enmendar un error de mera naturaleza formal, y que en manera alguna altera el verdadero y evidente sentido del fallo cuya corrección se realiza”», sentencia de la Sala de Casación Civil número 450 del 20 de mayo de 2004, expediente número, 2003-446 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Oberto Vélez.

miento Civil; (iv) las dos sentencias no determinan cuál o cuáles son los puntos dudosos objeto de aclaratoria, ni mucho menos indican que pueda existir un problema en la ejecución de las decisiones por existir dicha opacidad argumentativa; (v) la consecuencia de esta falta de indicación es que no hay nada que clarificar, como en efecto no clarifican absolutamente nada; y (vi) la Sala realiza una sustracción de una parte de su dispositivo, alterando las decisiones en cuestión, con lo cual se concluye que conceptualmente no está realizando una aclaratoria, violando el principio de inmodificabilidad de las decisiones y el principio de seguridad jurídica inmanente a aquel.

Por ello no existe ningún tipo de aclaratoria sino en todo caso una inconstitucional anulación parcial de unas decisiones que también adolecen de inconstitucionalidad de forma y de fondo, por lo que no es exagerado afirmar que todo el proceso ocurrido con motivo de estas decisiones, son manifiestamente ilegítimas desde el punto de vista constitucional.

3 Conclusiones

El impacto político que estas decisiones ha ocasionado tiene ribetes históricos. Todos somos testigos de las inmensas manifestaciones populares que se han suscitado con motivo de los tales y las reacciones internacionales tampoco se han hecho esperar.

Si bien todo pareciera indicar que el desenlace de estos hechos será eminentemente político —a pesar de tener una progenie judicial, por cuanto fueron estas decisiones las que abrieron el camino de las protestas—, es bueno re-

saltar que el Tribunal Supremo de Justicia aún está a tiempo de rectificar: la Sala Constitucional puede levantar tanto las medidas cautelares dictadas en contra de la Asamblea Nacional y podría decidir sobre alguna otra petición constitucional que algún interesado formule y que guarde relación con los hechos allí controvertidos. No queremos decir que la Sala deba violar una vez más el principio de interdicción de juzgamiento sobre hechos ya decididos⁷⁰, pero sí podrían levantarse las medidas cautelares contra el acto de proclamación de los diputados del Estado Amazonas y podría dictarse alguna decisión que interprete con argumentos más favorables los principios y deberes constitucionales sobre los Poderes Públicos, y en especial, sobre el Parlamento.

Esta sería una solución jurídica a un problema que ya se ha tornado político y aún cuando la realidad pareciera indicar que eso no ocurrirá, no está demás insistir en que esa es la mejor y más legítima vía para el restablecimiento del Estado de Derecho en Venezuela.

4 Referencias bibliográficas

- AGUIAR, Asdrúbal, El Derecho a la Democracia. La democracia en el Derecho y la Jurisprudencia Interamericanos. La Libertad de Expresión, piedra angular de la Democracia, Editorial Jurídica Venezolana, Observatorio Interamericano de la Democracia, Caracas, año 2008.
- ATIENZA, Manuel, «Argumentación jurídica y Estado constitucional», en Anales de la jurisprudencia, Estudios Jurídicos, revista del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México.
- BATTAGLINI, Oscar, «Los superpoderes otorgados a Maduro por el TSJ» en el semanario La Razón, 09 de abril de 2017, página A4.
- BBC MUNDO, «Qué significa y qué consecuencias puede tener que el Tribunal Supremo de Venezuela asuma las funciones legislativas de la Asamblea mientras esta se mantenga "en desacato"», pu-

⁷⁰ «**Artículo 49.** El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: (...) / 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgado anteriormente».

blicado el 31 de marzo de 2017, disponible en <http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-39448001>.

BBC MUNDO, «Cómo el Tribunal Supremo de Venezuela le quita poder a la Asamblea Nacional controlada por la oposición», publicado el 31 de marzo de 2017 en la website

http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/03/160303_venezuela_tsj_asamblea_nacional_poderes_ab.

BBC MUNDO, «Venezuela: el líder opositor Henrique Capriles asegura en entrevista con BBC Mundo que "la decisión del TSJ es un golpe de Estado"», publicado el 31 de marzo de 2017, disponible en

<http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-39450652>.

BELLO TABARES, Humberto E. T., La Casación Civil, propuestas para un recurso eficaz y constitucional, Ediciones Paredes, Caracas, año 2010.

BERNAL PULIDO, Carlos, «Estructura y límites de la ponderación» en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, número 26, año 2003.

BERNAL PULIDO, Carlos, «La racionalidad de la ponderación», en FABRA ZAMORA, Jorge Luis, GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Coord.), Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, año 2015.

BLANCO-URIBE QUINTERO, Alberto, El control indirecto de la constitucionalidad en España y Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, año 2012.

BREWER-CARIAS, Allan, «El método difuso de control de constitucionalidad de las leyes en el derecho venezolano», en BAZÁN, Víctor (Coord.), Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo, Editorial Abeledo-Perrot, Tomo I, Buenos Aires, año 2010, pp. 671-690, disponible en

<http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2010/05/643.-634.-El-m%C3%A9todo-difuso-de-control-de-constitucionalidad-en-Venezuela.-Brewer.-VBaz%C3%A1n-Argentina-2008.doc.pdf>.

BREWER-CARIAS, Allan, 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), disponible en

<http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/04/149.-doc.-Brewer.-Usurpaci%C3%B3n-definitiva-funciones-AN-por-al-Sala-Const.-Sent-156-SC-29.3.pdf>.

BREWER-CARIAS, Allan, La consolidación de la Dictadura Judicial: la Sala Constitucional, en un juicio sin proceso, usurpó todos los poderes del Estado, decretó inconstitucionalmente un Estado de Excepción y eliminó la inmunidad parlamentaria (sentencia no. 155 de la Sala Constitucional), disponible en

<http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/04/148.-doc.-Brewer.-Consolidaci%C3%B3n-dictadura-judicial.-Sentencia-155-SC-27-marzo-2017.pdf>.

BRICEÑO LEÓN, Humberto, La Acción de Inconstitucionalidad en Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, año 1989.

COMUNICADO DE LA CÁTEDRA DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA, 31 de marzo de 2017, disponible en

<http://www.talcualdigital.com/Nota/141047/catedra-de-derecho-de-la-ucv-se-pronuncia-sobre-sentencia-del-tsaj>.

COMUNICADO DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL VENEZOLANA, Disponible en

<https://www.lapatilla.com/site/2017/03/31/conferencia-episcopal-venezolana-una-nacion-sin-parlamento-es-como-un-cuerpo-sin-alma-comunicado/>.

COMUNICADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA, disponible en

<https://elpitazo.com/ultimas-noticias/facultad-ciencias-juridicas-politicas-ucv-rechaza-sentencias-155-156/>.

COMUNICADO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO, «Facultad de Derecho de la UCAB rechazó sentencia del TSJ», publicado en el portal de noticias La Patilla en fecha 31 de marzo de 2017, disponible en

<https://www.lapatilla.com/site/2017/03/31/facultad-de-derecho-de-la-ucab-rechazo-sentencia-del-tsaj/>.

COMUNICADO DE LA SOCIEDAD VENEZOLANA DE FILOSOFÍA, disponible en

<http://elucabista.com/2017/03/31/sociedad-venezolana-de-filosofia-rechaza-sentencia-del-tsaj/>.

COMUNICADO DE LAS ACADEMIAS NACIONALES ANTE LAS SENTENCIAS 155 Y 156, Disponible en

<http://acfiman.org/site/wp-content/uploads/2017/04/Declaraci%C3%B3n-de-las-Academias-Nacionales-ante-las-Sentencias-155-y-156.pdf>.

COMUNICADO DE LOS RECTORES DE LAS UNIVERSIDADES DEL PAÍS, publicado el 18 de abril de 2017, disponible en

<http://www.noticiasdevenezuela.org/2017/04/18/rectores-universitarios-piden-que-se-restituya-hilo-constitucional-comunicado/>.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Gaceta Oficial Extraordinaria número 36.860 del 30 de diciembre de 1999, reimpressa por errores materiales del ente emisor en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 5.453 del 24 de marzo de 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA SU-747/1998.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, C774/01 del 25 de julio de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia número T-2014/2012.

CUENCA, Humberto, Curso de Casación Civil, Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, Caracas, año 1980, p. 132.

DECLARACIÓN DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO TRIBUTARIO, Disponible en

<http://www.avdt.org.ve/avdt/index.php/noticias/item/589-pronunciamiento-avdt-sentencias-155-y-156-sala-constitucional-del-tsaj>.

DUQUE CORREDOR, Román J, Apuntaciones sobre el procedimiento civil ordinario, Tomo I, Ediciones Fundación Projusticia, Colección Manuales de Derecho, Caracas, año 2000.

DUQUE CORREDOR, Román, «Necesitamos elecciones limpias», entrevista realizada por la periodista Myriam Mosquera, en la última página del semanario La Razón, 09 de abril de 2017.

EDITORIAL DE EL PAÍS, «Golpe de Estado en Venezuela», jueves 30 de marzo de 2017, disponible en

http://elpais.com/elpais/2017/03/30/opinion/1490890200_815029.html.

ESCOVAR LEÓN, Ramón, La motivación de la sentencia y su relación con la argumentación jurídica, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 57, Caracas, año 2001.

ESCOVAR LEÓN, Ramón, La motivación de la sentencia y su relación con la argumentación jurídica, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, año 2001.

ESCUADERO LEÓN, Margarita, El control judicial de constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva el Poder Público, Universidad Central de Venezuela, Serie Trabajo de Grado N° 1, Caracas, año 2005.

GARCÍA-SAYÁN, Diego, «Abriendo Trocha», publicado en El País, jueves 06 de abril de 2017, disponible en

http://internacional.elpais.com/internacional/2017/04/06/america/1491431551_940899.html.

GLOBOVISIÓN, «Maduro: Controversia entre Fiscalía y TSJ queda superada», publicado en el portal web del canal de noticias Globovisión, en fecha 31 de marzo de 2017, disponible en

<http://globovision.com/article/maduro-controversia-entre-mp-y-tsj-queda-superada>.

HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo, Código de Procedimiento Civil, Tomo II, Ediciones Liber, Caracas, año 2006.

HERNÁNDEZ, José Ignacio, Sobre el inconstitucional exhorto del Consejo de Defensa Nacional al TSJ, publicado en Prodavinci en fecha 1° de abril de 2017, disponible en

<http://prodavinci.com/blogs/sobre-el-inconstitucional-exhorto-del-consejo-de-defensa-nacional-al-tsj-por-jose-ignacio-hernandez/>.

HERNÁNDEZ, José Ignacio, Sobre el inconstitucional exhorto del Consejo de Defensa Nacional al TSJ, publicado en Prodavinci en fecha 1° de abril de 2017, disponible en

<http://prodavinci.com/blogs/sobre-el-inconstitucional-exhorto-del-consejo-de-defensa-nacional-al-tsj-por-jose-ignacio-hernandez/>.

JIMÉNEZ ESCALONA, Víctor, «El control constitucional en la casación civil», en Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, número 6, Homenaje al Dr. Arturo Luis Torres-Rivero, Caracas, año 2016.

JIMÉNEZ ESCALONA, Víctor, «La revisión constitucional y su impacto sobre la cosa juzgada», en Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional, número 8, febrero 2017.

JIMÉNEZ M., Rafael Simón, La inmunidad parlamentaria en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Vadell Hermanos Editores, Caracas, año 2011.

MacCORMICK, Neil, «Argumentación e interpretación en el derecho», en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, número 33, año 2010.

MEIER E., Henrike, Teoría de las Nulidades en el Derecho Administrativo, Segunda edición, Editorial Jurídica Alva, Caracas, año 2001.

PENFOLD, Michael, «El nuevo juego de poder en Venezuela: de la ruptura al impasse constitucional», columna publicada en Prodavinci, sábado 01 de abril de 2017, disponible en

<http://prodavinci.com/blogs/el-nuevo-juego-de-poder-en-venezuela-de-la-ruptura-al-impasse-constitucional-por-michael-penfold/>.

- PEÑA SOLÍS, José, El procedimiento legislativo en Venezuela, Universidad Central de Venezuela, Caracas, año 2009.
- PETIT GUERRA, Luis Alberto, Estudios sobre el Debido Proceso, una visión global: argumentaciones como derecho fundamental y humano, Ediciones Paredes, Caracas, año 2011.
- PICÓ i JUNOY, Joan, Las garantías constitucionales del proceso, J.J. M. Bosch Editor, Barcelona, año 1997.
- PORTAL WEB LA PATILLA, «Maduro califica de “impasse” la declaración sobre ruptura del hilo constitucional de la FGR», publicado en el portal de noticias La Patilla en fecha 31 de marzo de 2017, disponible en
<https://www.lapatilla.com/site/2017/03/31/maduro-califica-de-impasse-la-declaracion-de-ruptura-del-hilo-constitucional-de-la-fgr/>.
- PRONUNCIAMIENTO DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES, Disponible en
[http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamiento%20Sentencias%20155%20y%20156%20\(1\).pdf](http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamiento%20Sentencias%20155%20y%20156%20(1).pdf).
- RESOLUCIÓN SOBRE LOS SUCESOS RECIENTES EN VENEZUELA, Disponible en
http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-022/17.
- REVISTA SIC, «Es una dictadura», número 793, disponible en <http://revistasic.gumilla.org/2017/es-una-dictadura/>.
- REWER-CARÍAS, Allan, El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela, Universidad del Externado de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, año 1995, disponible en
<http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea5/Content/II.1.73.pdf>.
- ROJAS PÉREZ, Manuel, «La responsabilidad del Estado Juez en Venezuela», en Revista de Derecho, número 15, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, año 2005.
- SEMANARIO TAL CUAL, «Fiscal General: "Sentencias del TSJ representan una ruptura del hilo constitucional"», publicado en el semanario Tal Cual en fecha 31 de marzo de 2017, disponible en
<http://www.talcualdigital.com/Nota/141005/fiscal-general-sentencias-del-tsj-representan-una-ruptura-del-hilo-constitucional>.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional, Caso: Universidad Pedagógica Experimental Libertador, con ponencia del Magistrado Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero, dispone en
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/144-240300-0056.HTM>.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional, sentencia número 150, de fecha 24 de marzo de 2000, expediente número 0130, contentivo de Amparo contra sentencia incoado por José Gustavo Di Mase Urbaneja y Carmen Elisa Sosa Pérez, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, disponible en
<http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/150-240300-0130.HTM>
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional, sentencia número 1.939 del 18 de diciembre de 2008, expediente número 2008-1572, disponible en
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.HTML>.

- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional, sentencia número 1.547 del 17 de octubre de 2011, expediente número 2011-1130, Disponible en
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1547-171011-2011-11-1130.HTML>.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, número 450 del 20 de mayo de 2004, expediente número, 2003-446 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Oberto Vélez.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia número 08, de fecha 17 de febrero de 2000, expediente número 99-573, contentivo del Recurso de Casación incoado por Rafael Enrique Bello Campo, con ponencia del Magistrado Antonio Ramírez Jiménez, disponible en
<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/febrero/08-170200-99573.HTM>
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia número 111 de fecha 24 de mayo de 2011, caso: Henry Infante vs. Policlínica Maturin, S. A., y Abdonis Orence, con ponencia de la Magistrada Dra. Isbelia Pérez Velásquez.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia número 354/08.11.2001, expediente número 2000-591, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Oberto Vélez.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia número 407 del 21 de junio de 2005, expediente número 2004-805, con ponencia de la Magistrada Dra. Isbelia Pérez Velásquez.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia número 351 del 16 de febrero de 2001, expediente número 1999-743, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Oberto Vélez.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Político Administrativa, sentencia número 587 del 13 de junio de 2016, expediente número 2015-0069, con ponencia del Magistrado Dr. Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Político Administrativa, sentencia número 1.747 del 11 de julio de 2006, expediente número 2011-662, con ponencia del Magistrado Dr. Levis Ignacio Zerpa.

