

APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA REGULACIÓN DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN VENEZUELA

Claudia Nikken (*)

Antes de dar inicio a mi exposición, debo agradecer a los organizadores de este Seminario el que me invitaran a participar en el mismo, lo que es para mí un gran honor. En primer lugar, porque me permite compartir este panel con tan respetados expositores. En segundo lugar, pues se ha depositado en mí la tarea -nada fácil, por cierto- de sustituir al Profesor Carlos Ayala Corao, mi maestro de muchos años.

El tema asignado -los estados de excepción en Venezuela- es oportuno en un doble sentido. En primer lugar, pues la Constitución venezolana de 1999 renueva la regulación de los estados de excepción, tratando de corregir errores y de llenar lagunas que se tradujeron, en el pasado, en abusos por parte de las autoridades estatales. En segundo lugar, por cuanto no son pocos los “rumores” que circundan en Venezuela, sobre la posibilidad de que sea declarado el estado de excepción, en virtud de la crisis institucional reinante en estos momentos. De hecho, el estado de excepción se ha convertido en el arma gubernamental para apaciguar las manifestaciones, cada vez más frecuentes, de la oposición y de la sociedad civil en general.

En tal sentido, la presente exposición tiene por objeto analizar la regulación constitucional y legal de los estados de excepción en Venezuela, desde un punto de vista crítico, con el ánimo de aportar, en lo posible, una base de estudio objetiva para una situación de hecho que, para algunos, es inminente.

(*) Profesora de Derecho, Universidad Central, Venezuela.

Valga señalar, ante todo, que la formación de la Constitución de 1999 está caracterizada por una serie de bemoles que, aunque no viene al caso comentar aquí, pueden explicar algunas de las fallas de la regulación objeto del presente análisis. En efecto, entre otros aspectos, la premura de su adopción, se refleja en muchas -demasiadas, diría yo- de sus disposiciones. Entre esas se encuentran las relativas a la regulación de los estados de excepción.

Por otra parte, el constituyente previó que la ley orgánica llamada a desarrollar las disposiciones que el efecto había establecido, fuera promulgada dentro de los seis meses siguientes a la instalación de la Asamblea Nacional, lo cual ocurrió en agosto de 2000. Esa circunstancia, aunada a la amenaza constante del ejecutivo de declarar el estado de excepción, explica la premura en dictar una ley sobre estados de excepción y, de alguna manera, los defectos tanto de los proyectos que fueron presentados ante la Asamblea Nacional, como de la ley misma. Los hechos han demostrado que podía esperarse un poco más, para discutir y analizar lo que debía ser la regulación legal de los estados de excepción.

Por qué este preámbulo. Para explicar la razón por la cual la regulación constitucional y legal de los estados de excepción adolece de tantos errores y carencias.

El esquema que seguiremos es sencillo. En una primera parte, abordaremos brevemente los avances que representa la regulación actual de los estados de excepción, con respecto a lo que fue su regulación durante la vigencia de la Constitución de 1961. En la segunda, trataremos las carencias de esa regulación, intentando aportar algunos elementos que podrían ser tomados en cuenta para su optimización.

I. LOS AVANCES EN LA REGULACIÓN DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

En 1999, el constituyente venezolano recogió las críticas que se habían hecho a la regulación de los estados de excepción contenida en la Constitución de 1961. Además, tomó en cuenta algunos de los principios establecidos por la jurisprudencia al respecto y, lo más importante, acogió lo que sobre la materia establecen el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En esta primera parte trataremos, pues, sobre los avances sustanciales y formales que, con vista de lo anterior, presenta la actual regulación de los estados de excepción en Venezuela.

1. Los avances sustanciales en la regulación de los estados de excepción

Desde un punto de vista eminentemente sustancial, la nueva regulación de los estados de excepción presenta, en Venezuela, indiscutibles avances.

El primero de esos avances es haber establecido expresamente, como condición previa a la declaratoria del estado de excepción, la imposibilidad de enfrentar las circunstancias de hecho que lo justifican a través de las facultades de que se dispone. Se elimina el régimen de suspensión de garantías. Se adecua la enumeración de los derechos intangibles al Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se definen diversas formas de estado de excepción.

A. La imposibilidad de enfrentar las circunstancias de hecho que lo justifican a través de las facultades de que se dispone, como condición para la declaratoria del estado de excepción

El primer supuesto de hecho que fundamenta la declaratoria del estado de excepción es la existencia de circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la nación, de sus instituciones o de sus ciudadanos.

Ahora bien, la existencia de tales circunstancias no justifica por sí sola la declaratoria del estado de excepción. Es necesario, además, que las facultades de las cuales disponen los órganos del poder público sean insuficientes para hacer frente a tales hechos.

Aunque esto último parezca lógico, no había sido considerado, como en efecto lo es, en tanto que fundamento esencial de la declaratoria del estado de excepción.

El ejemplo más claro de lo anterior, lo constituye, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, la suspensión de la garantía de la libertad económica durante casi treinta años. No creemos que sea posible justificar que, durante tanto tiempo, las facultades de que disponían los órganos del poder público fueran insuficientes para hacer frente a los hechos que justificaron la suspensión de esa garantía.

B. La eliminación de la medida de “suspensión” de garantías constitucionales

Otro de los avances sustanciales de la vigente regulación de los estados de excepción, es la eliminación de la medida de “suspensión” de garantías constitucionales.

En efecto, la Constitución venezolana de 1961 establecía como medidas relacionadas con la declaratoria del estado de excepción la “suspensión” y la “restricción” de las garantías constitucionales. Por “suspensión” debía entenderse la sustitución total de la regulación legal del derecho constitucional concernido por la situación de emergencia; mientras que, la “restricción” se refería a la desaplicación parcial de esa regulación, respecto de determinados supuestos.

Lo cierto es que, a pesar de la existencia de esas dos medidas de contenido distinto, en Venezuela se tuvieron siempre como sinónimos. De hecho, siempre se habló de “suspensión” de garantías constitucionales, aunque no podemos decir que, efectivamente, haya sido suspendida garantía alguna.

A partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución de 1999, la situación es distinta: el Presidente de la República puede restringir garantías constitucionales, de ninguna parte aparece que pueda suspenderlas. En otros términos, el ejecutivo está dotado de la facultad de sustituir parcialmente la regulación legal de los derechos constitucionales cuya regulación ordinaria sea insuficiente o dificulte el restablecimiento de la normalidad y, sólo en esa medida.

C. La adecuación de la enumeración de los derechos intangibles al Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Otro avance de la nueva regulación de los estados de excepción, es la adecuación de la enumeración de los derechos intangibles al Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana sobre derechos Humanos.

En efecto, la Constitución venezolana de 1961 establecía, al regular el estado de excepción, que, en ningún caso, podía ser suspendida la garantía del derecho constitucional a la vida y, en cuanto al derecho a la libertad y seguridad personales, la garantía de los derechos a no ser incomunicado, torturado o sometido a penas perpetuas o infamantes.

Ahora bien, ese catálogo de derechos intangibles durante el estado de excepción era más amplio, si tomamos en cuenta que la misma Constitución, como la vigente, establecía que la enumeración de los derechos garantizados por ella, no implicaba la negación de otros inherentes a la persona humana.

En tal sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establecen como derechos

intangibles en caso de estado de excepción, además del derecho a la vida, los derechos a la libertad personal en toda su amplitud, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la protección de la familia, a la igualdad ante la ley, a la nacionalidad, a la integridad personal, a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, a las libertades de pensamiento, conciencia y religión, a la legalidad y a la irretroactividad de las leyes, al debido proceso, a la participación, al sufragio, al acceso a la función pública.

Ahora bien, las autoridades venezolanas olvidaron la existencia de la enumeración anterior, con lo que, abiertamente “suspendían”, sobre todo, la garantía de los derechos a la libertad personal -salvo en cuanto a lo que expresamente estaba prohibido en la Constitución- y al debido proceso.

Para solventar ese “olvido”, la nueva Constitución de 1999 recoge la enumeración anterior, aunque de una manera un poco confusa. Por una parte, señala como intangibles los derechos a la vida, al debido proceso, al amparo constitucional y las prohibiciones de incomunicación y tortura, que integran los derechos a la libertad personal y a la integridad física, psíquica y moral, respectivamente, y “los demás derechos intangibles”. Pero, por la otra, advierte que el decreto que declare el estado de excepción debe cumplir con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esa confusa “enumeración” fue aclarada por la ley orgánica que regula los estados de excepción, en la que fueron agrupados todos los derechos que los instrumentos internacionales antes señalados declaran como intangibles y, los que, no estando enumerados en ellos, la Constitución declara como tales.

D. La definición de diversas formas de estado de excepción

El último de los avances de la nueva regulación de los estados de excepción que reseñaremos, es la definición de diversas formas de estado de excepción, tomando en cuenta la naturaleza de las circunstancias de hecho que lo justifiquen.

En efecto, la Constitución de 1961 regulaba bajo la figura del estado de emergencia, los supuestos de conflicto interior o exterior, de conmoción que pudiera perturbar la paz de la República y, de graves circunstancias que afectaran la vida económica o social. La nueva regulación, contenida en la propia Constitución y en la ley orgánica de la materia, nos dice que el estado de excepción puede revestir las formas de estado de alarma, estado de emergencia económica y estado de conmoción interior o exterior, definiendo cada una de ellas.

El estado de alarma se corresponde con catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares.

El estado de emergencia económica, atiende a circunstancias extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la nación.

El estado de conmoción interior, por su parte, supone un conflicto interno, derivado de grandes perturbaciones del orden público interno y que signifiquen un notorio o inminente peligro para la estabilidad institucional, la convivencia ciudadana, la seguridad pública, el mantenimiento del orden libre y democrático o; de la interrupción del funcionamiento de los poderes públicos [por cierto que no sabemos cómo puede articularse la declaratoria del estado de excepción con esta circunstancia: no se estaría en estado de excepción, sino bajo un régimen de facto].

El estado de conmoción exterior responde al conflicto externo, que implique una amenaza a la integridad del territorio o a la soberanía, entre otras causales.

2. Los avances formales en la regulación de los estados de excepción

Además de los avances sustanciales antes reseñados, la regulación actual de los estados de excepción presenta también importantes avances formales: se declara el carácter temporal del estado de excepción; se impone expresamente la obligación de regular, en el mismo decreto que lo declare, las garantías restringidas en virtud del estado de excepción; se establece con carácter obligatorio el control de la constitucionalidad de ese decreto.

A. El establecimiento del carácter temporal del estado de excepción

En Venezuela, no cabe duda de que uno de los avances de mayor relevancia en cuanto a la regulación de los estados de excepción, es el establecimiento de su carácter temporal. Baste con recordar que, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, la libertad económica se mantuvo suspendida durante casi treinta años.

La Constitución establece, en efecto, la duración máxima de cada una de las formas que puede revestir el estado de excepción. La ley orgánica sobre estados de excepción dispone, al respecto, que toda medida de excepción debe tener una duración limitada, proporcional con las exigencias de la situación que se debe afrontar.

Así, el estado de alarma puede durar hasta treinta días; el de emergencia económica, hasta sesenta días y los de conmoción interior o exterior, hasta noventa días.

Todos esos plazos son prorrogables por un período igual.

Ahora bien, el constituyente parece no haber sido suficientemente claro al establecer este carácter temporal del estado de excepción, al no prohibir expresamente que, luego de agotada la prórroga, se procediera a una nueva prórroga o a dictar un nuevo decreto de estado de excepción. Se hace la observación, por cuanto, al revisar las actas relativas a la discusión de la ley orgánica sobre estados de excepción, nos percatamos de que esa omisión es fundamental: no sólo no se dispone nada al respecto en la referida ley, sino que, además, en el momento de su discusión, se señaló en varias oportunidades que, de no haber cesado los hechos que lo fundamenten al vencer la prórroga, nada obsta para que el Ejecutivo proceda a dictar nuevamente el estado de excepción. Esta posición, obviamente burla la intención constituyente, cual fue la de establecer un límite temporal claro al estado de excepción.

B. El establecimiento de la obligación de regular, en el mismo decreto que lo declare, las garantías restringidas en virtud del estado de excepción

La declaratoria del estado de excepción puede conllevar la medida de restricción temporal de ciertas garantías. La Constitución señala, al respecto, que el decreto que declare el estado de excepción, además de señalar los derechos cuya garantía se restringe, debe contener la regulación temporal de ese derecho.

Señalamos que tal disposición constituye un avance, por cuanto la Constitución de 1961 establecía, sin más, que el decreto de emergencia o excepción debía contener las garantías que se suspendían o restringían. De esa manera, el Ejecutivo procedía a “suspender” la garantía de ciertos derechos constitucionales, es decir, la aplicación de la ley que regulaba su ejercicio. En términos prácticos, se suspendía el derecho y no su garantía. De ese modo, fueron cometidos innumerables abusos con la excusa de la excepcionalidad: a falta de regulación, toda medida material ejecutada era legal, al menos así era considerado.

La nueva regulación viene, pues, a garantizar a los ciudadanos el goce y ejercicio de sus derechos durante el estado de excepción, permitiéndoles conocer, de antemano su regulación en esas circunstancias particulares.

C. El establecimiento del control de constitucionalidad obligatorio del decreto que declare el estado de excepción

Otro de los avances formales que presenta la nueva regulación de los estados de excepción consiste en el establecimiento del control de constitucionalidad obliga-

torio del decreto que lo declare: la garantía de la supremacía de la Constitución no se cuenta dentro de las que pueden ser “restringidas” con fundamento en la declaratoria del estado de excepción.

Se señala lo anterior como un avance, pues no fue sino hasta 1993 que la Corte Suprema de Justicia venezolana desechó definitivamente la teoría de los actos de gobierno, en especial, para negar el control de la constitucionalidad del decreto que declare el estado de excepción. En sentencia del 11 de marzo de 1993, la Corte Suprema, en pleno, declaró que, al examinar la constitucionalidad de un decreto de esa naturaleza, el juez puede, a pesar de tratarse de un acto de gobierno y de naturaleza discrecional, conocer no sólo de sus aspectos formales, sino también revisar la veracidad y congruencia de los hechos que constituyen su fundamento fáctico.

Es pues, a partir de esa decisión, que se admitió el control de la constitucionalidad del decreto que declare el estado de excepción. Pero ese control de constitucionalidad, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, no revestía más importancia que la que le dieran los afectados directamente por el decreto.

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la situación es diferente. En efecto, no sólo se reconoce la universalidad del control de constitucionalidad, sino que, específicamente respecto del decreto que declare el estado de excepción, se establece, por una parte, la obligación para el Ejecutivo de remitirlo a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dentro de los ocho días siguientes de haber sido dictado y; por la otra, que la Sala Constitucional debe conocer, en todo caso y aún de oficio, de la constitucionalidad de dicho decreto.

Así, se añade al control político que sobre el decreto en cuestión ejerce el poder legislativo, un control jurídico que tiene por objeto, sin lugar a dudas, minimizar los abusos que podrían ser cometidos por el Ejecutivo, con la excusa de una situación excepcional, con o sin el aval de la Asamblea Nacional.

La ley orgánica que rige la materia, entendiendo que el procedimiento a seguir para controlar la constitucionalidad del decreto que declare el estado de excepción, no puede regirse por las normas “ordinarias”, establece un procedimiento especialísimo, con lapsos abreviados, en el que se garantiza el derecho que tienen tanto el ejecutivo, como cualquier persona a sustentar o desvirtuar la constitucionalidad del decreto.

No re-trazaremos aquí el mencionado procedimiento. Más adelante veremos cuáles son las fallas en que incurrió el legislador al implementarlo.

II. LAS CARENCIAS DE LA REGULACIÓN DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

No es dable negar que la Constitución venezolana de 1999 presenta importantes avances en cuanto a la regulación de los estados de excepción. Sobre esos avances hemos hablado ya.

Ahora bien, la regulación constitucional de los estados de excepción presenta numerosas carencias. Por una parte, haremos referencia a las carencias estructurales de esa regulación. Por la otra, mostraremos las lagunas que presenta.

1. Las carencias estructurales

La vigente regulación de los estados de excepción en Venezuela presenta dos carencias estructurales. Por una parte, es confusa la distinción entre el “estado de excepción” y la “restricción de garantías”. Por la otra, se prevé la emisión de una ley orgánica que regule los estados de excepción y que determine las medidas que pueden adoptarse con base en ellos.

A. La confusa distinción entre el “estado de excepción” y la “restricción de garantías constitucionales”

Una de las carencias de la regulación de los estados de excepción bajo la vigencia de la Constitución de 1961, ciertamente, producto de la interpretación y no de su texto, lo fue la confusión, por decirlo de alguna manera, entre lo que es el estado de excepción y la medida de suspensión o restricción de garantías. De hecho, la jurisprudencia llegó a afirmar que la medida en cuestión era independiente de la declaratoria del estado de excepción -o de emergencia, como lo denominaba esa Constitución-, es más, que era en sí misma una forma de estado de excepción.

Ello trajo como resultado el que en el espíritu de gobernantes y juristas sean asimilados “estado de excepción” y “restricción de garantías constitucionales”.

Ahora bien, una de las consecuencias lógicas de haber considerado, como condición previa a la declaratoria del estado de excepción, la insuficiencia de las facultades de las cuales se dispone para enfrentar las circunstancias de hecho que lo justifican, es la distinción entre el “estado de excepción” y la “restricción de las garantías constitucionales”, entendiendo como tales las normas legales que regulan el ejercicio de los derechos constitucionales.

En efecto, cuando el constituyente señala que, para que sea procedente la de-

claratoria del estado de excepción, las facultades de las que disponen los órganos del poder público para hacerles frente deben ser insuficientes, no se está refiriendo necesariamente a la regulación legal relativa al ejercicio de derechos constitucionales, es decir, a su garantía. Se refiere también a la regulación del ejercicio de esas facultades por vía legal o reglamentaria. De hecho, el estado de excepción, como se señala en la ley orgánica de la materia, suspende temporalmente, en las leyes vigentes, los artículos incompatibles con las medidas dictadas en dicho decreto.

Así, el estado de excepción puede estar fundamentado en la insuficiencia de las leyes vigentes para hacer frente a determinadas circunstancias o, en la insuficiencia de los reglamentos con la misma finalidad.

Cuando el estado de excepción se fundamenta en la insuficiencia de las leyes para hacer frente a las circunstancias que lo justifican, la ampliación de las facultades del Ejecutivo dependerá de esa insuficiencia. Si la legislación insuficiente no se refiere al ejercicio de derechos constitucionales, el estado de excepción no debe -no puede- conllevar la medida de restricción de su garantía. Pensemos, por ejemplo, en la posibilidad de que el Estado venezolano se uniera a las fuerzas militares que combaten actualmente en Afganistán. En ese caso, muy probablemente, haría falta modificar temporalmente el régimen legal atinente al manejo del presupuesto, para hacer frente a los gastos extraordinarios que derivan de la guerra. Sin embargo, no necesariamente haría falta restringir el ejercicio del algún derecho constitucional. De hecho, la ley orgánica sobre estados de excepción faculta directamente al Ejecutivo para hacer erogaciones que no estén incluidas en la ley de presupuesto.

Si el estado de excepción se fundamenta en la insuficiencia de los reglamentos existentes para enfrentar las circunstancias que lo justifiquen, se estaría “restringiendo” la garantía legal de la inderogabilidad singular de los reglamentos -pues el ejecutivo podría dictar medidas individuales distintas a las previstas en los mismos-. Además, dependiendo de la naturaleza de los hechos y de la competencia constitucional para enfrentarlos, podría verse restringida la garantía de la separación horizontal del poder ejecutivo, en el sentido de que el Presidente de la República podría dictar medidas -reglamentarias o singulares- en el ámbito de la competencia de gobernadores y autoridades municipales.

Ahora bien, vista la asimilación que tradicionalmente se ha hecho entre el estado de excepción y la restricción de garantías constitucionales, la distinción antes explicada se ve opacada por la misma regulación constitucional y, particularmente, por la regulación legal de los estados de excepción.

En efecto, al establecer los requisitos formales y sustanciales que ha de llenar el decreto que declare el estado de excepción, se establece como uno de ellos el que sea regulado el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe. Por su parte, la ley orgánica señala que el estado de excepción debe ser declarado en caso de estricta necesidad para solventar la anormalidad, con la restricción temporal de las garantías constitucionales permitidas. De ese modo, pareciera que el decreto que declare el estado de excepción supondrá siempre que se tome esa medida excepcionalísima.

Por lo anterior y, vista la cultura de gobernantes y juristas venezolanos, dudamos que se entienda que la restricción de las garantías constitucionales es una de las medidas que pueden ser adoptadas con base en el estado de excepción, y no su consecuencia necesaria.

B. La previsión de una ley orgánica que regule los estados de excepción y determine las medidas que puedan tomarse con base en ellos

Según lo establecido en el último aparte del artículo 338 de la Constitución venezolana, una ley orgánica regulará los estados de excepción y determinará las medidas que puedan tomarse con base en ellos.

De esa manera, el constituyente de 1999 pretendió postergar la determinación de las medidas que pueden tomarse en virtud de la declaratoria del estado de excepción y, además, delegar en el legislador la tarea de llenar las lagunas que hubieran podido quedar en la regulación constitucional de tan importante institución. Ello, con la obvia intención de limitar los poderes excepcionales y de evitar los abusos que no pocas veces han sido cometidos con la excusa de la excepcionalidad.

Ahora bien, la existencia de una ley contraría el principio mismo de la excepcionalidad. Es por ello que la regulación de los estados de excepción es materia de reserva constitucional.

En efecto, el estado de excepción se justifica cuando las facultades conferidas a los órganos del poder público son insuficientes para hacer frente a determinados hechos que ponen en peligro la seguridad de la nación, la de sus instituciones o la de sus ciudadanos. En otras palabras, cuando las circunstancias imponen la adopción de medidas materiales que deben estar previstas en la ley o, al menos en los reglamentos, pero que, en virtud de su naturaleza misma no han podido ser reguladas; siempre que sea inaplicable, en razón de esas mismas circunstancias, el procedimiento previsto para modificar leyes y reglamentos.

De tal manera, si una ley confiere al Presidente de la República la facultad de tomar ciertas medidas en determinadas circunstancias, lo está dotando de facultades suficientes para hacerles frente, previo el cumplimiento, claro está, de la “formalidad” que consiste en declarar el estado de excepción. Estaríamos frente a un supuesto similar al de la habilitación legislativa, que se distingue de aquél en cuanto a que la habilitación para “legislar” es, por la misma razón, previa y no posterior o aprobatoria del ejercicio de la facultad de legislar. Se distingue, además y claro está, en razón de la “urgencia” de las medidas legales que deben ser adoptadas.

Pero hay más. El mismo principio de la excepcionalidad puede implicar que las facultades otorgadas al Presidente de la República a través de la ley orgánica sean, en sí mismas, insuficientes para enfrentar las circunstancias que conllevan al estado de excepción; peor, que sean inadecuadas. En ese caso su aplicación podría ser “suspendida”, quedando temporalmente sin efecto.

Entonces nos preguntamos, ¿qué sentido tiene regular, mediante una ley orgánica, los estados de excepción y las medidas que puedan adoptarse con base en ellos?; ¿cuál es el sustento lógico de tal regulación?

A lo anterior se aúna la potestad ejecutiva de reglamentar la ley orgánica que regula los estados de excepción.

En efecto, el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, está dotado de la potestad de reglamentar las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón. En uso de esa potestad, el Ejecutivo puede, entonces, mediante actos reglamentarios, dictar las disposiciones necesarias para ejecutar las normas legales en un supuesto de estado de excepción y, lo que puede traducirse en una amenaza, complementar las normas legales que así lo requieran, por haberlo así dispuesto el legislador, expresa o tácitamente.

Pensemos por ejemplo, que la ley nada dispone acerca de la posibilidad de modificar el decreto que declare el estado de excepción y de las formalidades que deben cumplirse para ello y que, sin embargo, somete al acto que modifique el decreto de estado de excepción bajo el control obligatorio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: ¿cómo ejercer el control si el acto no existe? El ejecutivo podrá entonces reglamentar una materia tan importante como la modificación del decreto que declare el estado de excepción.

Por todo lo dicho, pensamos que la regulación de los estados de excepción es materia de reserva constitucional.

En efecto, aunque pueda afirmarse -como respecto de la ley- que la Constitución dota al Ejecutivo de facultades suficientes para enfrentar determinados hechos que ponen en peligro la seguridad de la nación, la de sus instituciones y la de sus ciudadanos; no puede afirmarse que, en virtud de esas facultades, el Ejecutivo pueda “suspender” válidamente la aplicación de las normas constitucionales que regulan el estado de excepción, por resultar insuficientes o inadecuadas para enfrentar esos hechos.

De hecho, es precisamente porque la Constitución dota al ejecutivo de facultades de excepción que puede ejercerlas, salvo a considerar la teoría francesa de las circunstancias excepcionales que se fundamenta, no en el principio de la supremacía de la Constitución, sino en el de la continuidad del Estado.

En ese sentido, consideramos que la regulación de los estados de excepción, así como las medidas que pueden adoptarse con base en ellos, deberían estar claramente establecidas y delimitadas en la Constitución, siempre con un cierto margen de discrecionalidad: la suficiente para dar cabida a la “legislación de excepción”.

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que no haya materias relativas al estado de excepción susceptibles de ser reguladas mediante ley.

2. Las lagunas de la regulación de los estados de excepción

En la medida en que la Constitución previó la emisión de una ley orgánica con el objeto de regular los estados de excepción, existen en ella lagunas que debían ser suplidas por el legislador. Ahora bien, la ley orgánica sobre estados de excepción tampoco establece una regulación exhaustiva al respecto.

En definitiva, las lagunas de la regulación de los estados de excepción derivan de la falta de previsión, tanto del constituyente, como del legislador. Además, resultan del incumplimiento, por parte del legislador, de su lógico cometido: garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales durante el estado de excepción.

A. La falta de previsión

Tanto el constituyente, como el legislador pecaron de imprevisión al establecer la regulación de los estados de excepción. Esa imprevisión genera y puede generar medidas inaceptables.

La falta de previsión en que incurrieron el constituyente y el legislador se refie-

re a los efectos temporales de la declaratoria del estado de excepción, al acto que lo prorrogue y, a los controles que han de ejercerse sobre el decreto que lo declare.

a. En cuanto a los efectos temporales de la declaratoria del estado de excepción

La falta de previsión respecto de la regulación de los estados de excepción aparece de la equívoca regulación de sus efectos temporales.

Cuando hablamos de los efectos temporales del estado de excepción, nos referimos tanto a su entrada en vigor, como a su cesación; es decir al momento a partir del cual comienza a surtir sus efectos sustanciales y, al momento en que esos efectos dejan de producirse.

En cuanto a la entrada en vigor del decreto que declare el estado de excepción, no aparece disposición alguna constitucional que la fije. La única norma referencial es la relativa a la entrada en vigencia de las leyes: la fecha de publicación en la gaceta oficial, a menos que se establezca una fecha posterior. Otra norma nos dice que ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo.

Esas dos disposiciones nos dicen que el decreto que declare el estado de excepción cobrará vigencia en el momento en que sea publicado en la gaceta oficial y que, en ningún caso, puede ser aplicado a hechos ocurridos con anterioridad a ello.

¿Es eso compatible con un régimen de excepcionalidad? A nuestro modo de ver, no: la sucesión de hechos que justifican el estado de excepción no se suspende hasta tanto entre en vigor el decreto que lo declare y que establezca las medidas necesarias para restablecer la normalidad. Claro que, como se ha hecho consuetudinariamente, siempre se puede ordenar que la publicación en gaceta oficial tenga una fecha anterior a la real.

Fue para solventar la irregularidad en la publicación del decreto que declare el estado de excepción que, inicialmente, se propuso que se declarara que el mismo entraría en vigencia a partir del momento de su adopción y que, en consecuencia, debía ser difundido de inmediato a través de los medios de comunicación de masas y, publicado, en la gaceta oficial al día siguiente en que fuera dictado, si fuese posible. Esa propuesta fue adoptada por la Asamblea Nacional, pero suscitó que el ejecutivo devolviera la ley sancionada para su reconsideración, por ser la norma, supuestamente, inconstitucional.

Después de varios meses y discusiones, la Asamblea Nacional aceptó modifi-

car la norma, dictando una que, a nuestro modo de ver, sí es inconstitucional: el decreto que declare el estado de excepción entra en vigencia una vez dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, y debe ser publicado en la gaceta oficial y difundido en el más breve plazo por todos los medios de comunicación social, si es posible. De tal manera, queda a la discrecionalidad del Presidente de la República determinar el momento (¿el más breve plazo?) para proceder a publicar y difundir el decreto, siempre que sea posible.

No compartimos tal disposición: la difusión del decreto debe ser inmediata, salvo que hayan sido interrumpidas las telecomunicaciones ... Pero, aún en ese caso, pocas podrían ser las medidas válidamente aplicadas.

Aunado a lo anterior, aparece la falta de precisión en cuanto a la cesación de los efectos del decreto.

Al respecto aparece que el decreto cesa en sus efectos al ser desaprobado o anulado; al vencer el término para el cual fue declarado; al ser revocado. No es a esto a lo que nos referimos cuando hablamos de falta de precisión en cuanto a la cesación de los efectos del decreto, sino a los efectos mismos de su cesación.

La lógica nos dice, en cuanto a lo anterior que, cuando el decreto que declara el estado de excepción pierde su vigencia, también la pierden los actos dictados con fundamento en él: no es posible mantener una legislación excepcional, cuando su fundamento ha desaparecido.

Ahora bien, la ley orgánica sobre estados de excepción establece que el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, puede ratificar las medidas que no impliquen la restricción de una garantía constitucional. Para justificar la inclusión de esa disposición, se adujo la posibilidad de que, transcurrido el plazo constitucional de vigencia del estado de excepción y de su prórroga, subsistieran algunas de las circunstancias de hecho que le dieron lugar.

Pensamos que la única manera de fundamentar constitucionalmente tal previsión es considerar que, cuando el legislador faculta al Ejecutivo para ratificar medidas que no impliquen la restricción de garantías constitucionales, esto último debe ser interpretado en sentido amplio, con el objeto de restringir una potestad excepcional. En ese sentido, debe entenderse que, cuando se habla de garantías constitucionales, no se habla exclusivamente de la regulación legal de derechos constitucionales, sino, en general, de la garantía de la separación orgánica de las funciones legislativa y ejecutiva. De tal manera, sólo podrían ser ratificadas medidas excepcionales de rango

sublegal.

Ahora bien, ¿cuándo debe el Presidente de la República proceder a ejercer esa facultad que le otorga la ley? Esa ley no nos proporciona una respuesta, lo cual se traduce en una peligrosa laguna: nos encontramos frente a la incertidumbre de saber si, cesada la vigencia del estado de excepción, el Presidente de la República puede, en cualquier momento, ratificar medidas que, con base en el mismo, fueron dictadas para enfrentar determinadas situaciones.

El precedente, en Venezuela, no es nada alentador. Cuando cesó la vigencia del decreto que, en 1994, declaró el estado de emergencia financiera, expresamente se declaró que cesaban en sus efectos todos los actos dictados con base en él. No obstante ello, posteriormente el Presidente de la República confirió al entonces denominado Ministro de Hacienda la posibilidad de adoptar las medidas que fueran necesarias para enfrentar, si alguno subsistía, los hechos que justificaron el estado de excepción.

De ese modo, el Presidente de la República, luego de haber decretado la cesación del estado de excepción, intentó restablecer parcialmente ese régimen a través de uno de sus Ministros, que, por demás, usurpó funciones legislativas al reeditar, entre otras, la reglamentación sancionatoria dictada con base en la situación de anormalidad.

Además, surge la interrogante respecto de si es posible ratificar esas medidas, si el decreto que declare el estado de excepción es desaprobado o anulado. La lógica nos dice que no: no puede haber ratificación de medidas que fueron indebida o inconstitucionalmente adoptadas.

b. En cuanto a la prórroga del estado de excepción

Otro de los elementos que denota la falta de previsión del constituyente en cuanto a la regulación que se analiza es el relativo al acto que declare la prórroga del estado de excepción.

En efecto, la Constitución establece, para cada una de las formas de estado de excepción que define, un límite máximo de duración, señalando que el plazo para el cual fue declarado, puede ser prorrogado por un período igual. Al respecto, dispone que corresponde a la Asamblea Nacional aprobar esa prórroga.

Ahora bien, qué se quiso decir con eso. Que el decreto que declare el estado de excepción, así como el que lo prorrogue, debe ser aprobado por el legislativo o que la

prórroga del estado de excepción corresponde a la Asamblea, a solicitud del ejecutivo.

A nuestro modo de ver, la segunda solución es la correcta. La Constitución faculta primero al ejecutivo para decretar el estado de excepción. Luego, establece las diferentes formas de estado de excepción que puede adoptar, señalando su límite temporal. En la misma norma señala que la prórroga del estado de excepción debe ser aprobada por la Asamblea Nacional. Y, no es sino en la norma subsiguiente, que establece las formalidades relativas al decreto que declare el estado de excepción, así como los controles que han de ejercerse sobre el mismo.

De allí que afirmemos que la declaratoria del estado de excepción y su prórroga corresponden a dos órganos distintos. La primera corresponde al ejecutivo, bajo el control del legislativo. La segunda, al legislativo, a solicitud del ejecutivo.

En todo caso, aunque la prórroga corresponda al ejecutivo y su control al legislativo, existe otra laguna todavía más importante en su regulación: el momento en que ha de ser solicitada o declarada la prórroga.

En efecto, de ninguna parte aparece la oportunidad en la cual ha de proceder el ejecutivo a solicitar o a decretar la prórroga del estado de excepción, si antes o en el momento del vencimiento del lapso para el cual fue decretado.

Pensamos que esa actuación -solicitud o decreto- debería tener lugar antes del vencimiento del plazo inicial: ambas actuaciones deberían ser remitidas a la Asamblea con suficiente antelación, de modo que, al vencimiento de ese plazo, se haya ya pronunciado la Asamblea en cuanto a su procedencia. Así fue establecido en uno de los proyectos presentados ante la Asamblea, pero en la ley no se incluyó ese procedimiento.

Por el contrario, el legislador nada estipuló al respecto, quedando entonces, a juicio del Ejecutivo, la oportunidad en la que habrá de solicitar o decretar la prórroga, incluso al vencimiento del plazo inicial. En ese caso, se estaría otra vez ante una situación de incertidumbre, pues la vigencia del acto estaría nuevamente sometida al control de la Asamblea: se prolongaría una situación que pudiera resultar inoportuna o inadecuada.

c. En cuanto a los controles que han de ejercerse sobre la declaratoria del estado de excepción

De la imprevisión del constituyente y del legislador, surgen otras lagunas, esta

vez referidas a los controles que deben ser ejercidos sobre el decreto que declare el estado de excepción.

En primer lugar, el decreto en cuestión debe ser remitido, dentro de los ocho días siguientes a su adopción, tanto a la Asamblea Nacional, como a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. De esto resulta la concomitancia de los dos controles: la Asamblea y la Sala Constitucional habrán de controlar el mismo acto, teniendo en cuenta términos de referencia distintos: la oportunidad y conveniencia, por un lado y por el otro, la conformidad a la Constitución. De modo que, medidas inoportunas pueden ser constitucionales y, viceversa, medidas oportunas pueden ser inconstitucionales.

Además, el acto mediante el cual la Asamblea Nacional apruebe el decreto que declare el estado de excepción, es también susceptible de control constitucional, tanto en la forma, como en el fondo. De modo que la Sala Constitucional podría anular la aprobación legislativa del decreto ejecutivo, con lo que este último habría sido aplicado inconstitucionalmente. A nuestro modo de ver, la Sala Constitucional debió ser llamada a conocer, en la misma oportunidad, del decreto que declare el estado de excepción, así como del acuerdo legislativo que lo apruebe.

Lo anterior no implica, como lo interpretó el legislador, que el control especial de constitucionalidad que establece, sea aplicable al acuerdo emanado de la Asamblea Nacional mediante el cual se apruebe el estado de excepción.

En efecto, siendo la aprobación del decreto que declare el estado de excepción, el resultado del control político ejercido por la Asamblea Nacional, no tiene sentido someterlo al procedimiento especialísimo de control de constitucionalidad establecido en la ley orgánica sobre estados de excepción, dada la concomitancia de los dos controles. La validación de fondo del decreto que declare el estado de excepción, valida igualmente el fondo de la decisión dictada por la Asamblea Nacional; viceversa, la anulación del decreto, acarrea la nulidad del acuerdo de la Asamblea. En cuanto al control de la constitucionalidad formal del acto, puede decirse que, en período de excepción, el mismo es irrelevante.

En cuanto al control de la constitucionalidad del decreto que declare el estado de excepción, como ya fue señalado, la ley orgánica que rige la materia, establece un procedimiento especial acorde con la situación excepcional. Ahora bien, respecto de los poderes del juez, nos parece que la regulación legal es insuficiente.

En efecto, la ley orgánica sobre estados de excepción se limita a señalar que:

- la nulidad del decreto que declare el estado de excepción depende del incumplimiento de los “principios” contenidos en la Constitución, en los tratados internacionales sobre derechos humanos, y en la misma ley;
- la decisión de nulidad que recaiga tendrá efectos retroactivos, debiendo la Sala Constitucional restablecer inmediatamente la situación jurídica general infringida, mediante la anulación de todos los actos dictados en ejecución del decreto que declare el estado de excepción.

En cuanto a esto último, no tenemos mayor comentario que hacer: el efecto lógico de la cesación -por cualquier medio- del estado de excepción acarrea el decaimiento de todos los actos dictados en virtud del mismo. El problema surge en cuanto a las causales de nulidad del decreto que declare el estado de excepción.

Lo primero que hay que apuntar al respecto es que resulta impropia la utilización de la expresión “principios”, para designar el término de referencia que ha de emplear el juez para controlar la constitucionalidad del decreto. Más que “principios”, la Constitución, los tratados internacionales y la misma ley imponen límites formales y materiales al decreto que declare el estado de excepción; límites de los que depende su regularidad constitucional.

Ahora bien, y de allí la segunda observación, es posible que, al ser dictado el decreto que declare el estado de excepción, se incumpla con alguna de las formalidades impuestas por la Constitución y la ley, pero que la irregularidad en la que se haya incurrido, no afecte el fondo de la decisión. Por ejemplo, es posible que en virtud de la naturaleza de las circunstancias que justifican el estado de excepción, no sea posible reunir a todos los Ministros en Consejo o, incluso, que no pueda hacerse presente la mayoría de los Ministros. En ese caso, no debería el juez constitucional anular el decreto que declare el estado de excepción. Pero, como se trata de un *desideratum*, nos parece que debió ser expresamente señalado en la ley.

Una tercera observación surge de la falta de previsión expresa de la posibilidad que tiene el juez constitucional de controlar tanto la existencia de motivos suficientes para la declaración del estado de excepción, como la proporcionalidad de las medidas adoptadas. Por qué se hace la observación. Porque nos encontramos frente a uno de los típicos supuestos de ejercicio de una potestad discrecional y, en ese ámbito, los jueces suelen cuidarse de cualquier pronunciamiento que atañe al fondo de la decisión adoptada.

Otro tema no resuelto por la ley orgánica sobre estados de excepción es el

efecto que produce la falta de pronunciamiento de la Asamblea Nacional respecto del decreto que declare el estado de excepción, dentro del plazo estipulado en la ley. La ley en cuestión dispone que si la Asamblea no se pronuncia dentro de ese plazo, por caso fortuito o fuerza mayor, el decreto se entiende aprobado, pero nada señala sobre la falta de pronunciamiento por otras razones. Se hace la observación, porque esa ausencia de regulación no implica necesariamente que se entienda desaprobado el decreto que declare el estado de excepción. Pensamos, por cierto, que ese debería ser el efecto: no es posible admitir que el legislativo pueda, sin tomar una decisión al respecto, prorrogar un estado de excepción que considera inoportuno o inconveniente -si no, no se explicaría su silencio-, y en definitiva delegar esa decisión en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

B. El incumplimiento del lógico cometido de la regulación legal de los estados de excepción

La ley orgánica sobre estados de excepción no llena las lagunas que, sobre la regulación de los mismos, aparecen de la Constitución. Esto, de por sí, es criticable, pues puede ser el fundamento de múltiples arbitrariedades.

Ahora bien, la carencia fundamental de la mencionada ley es el no haber cumplido con su cometido lógico, es decir, el no haber regulado la forma de ejercicio de los derechos constitucionales intangibles y, el haber omitido establecer los regímenes de responsabilidad aplicables a quienes violen los derechos garantizados por la Constitución e incumplan los deberes que impone el estado de excepción. De hecho, pensamos que es respecto de estos aspectos que el constituyente delegó en el legislador la facultad de establecer las medidas que pueden ser tomadas con base en el estado de excepción.

a. La ausencia de regulación de la forma de ejercicio de los derechos constitucionales intangibles

Una de las omisiones en que incurrió el legislador al emitir la ley orgánica sobre estados de excepción, es la relativa a la forma de ejercicio de los derechos constitucionales intangibles.

Recordemos al respecto que la Constitución prohíbe la restricción de la garantía de los derechos a la vida, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la protección de la familia, a la igualdad ante la ley, a la nacionalidad, a la libertad personal y a que no se practique la desaparición forzada de personas, a la integridad personal física, psíquica y moral, a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, a la libertad de

pensamiento, conciencia y religión, a la legalidad y a la irretroactividad de las leyes, al debido proceso, al amparo constitucional, a la participación, el sufragio y al acceso a la función pública, a la información.

¿Qué se quiere decir con eso? Que el decreto que declare el estado de excepción no puede modificar los términos en los que ha sido regulado el ejercicio de esos derechos por el legislador.

Ahora bien, si derechos como la vida, la integridad personal, la igualdad ante la ley, el principio de la legalidad, la prohibición de ser sometido a esclavitud o servidumbre, la garantía de la irretroactividad de las leyes y, la prohibición de la práctica de desaparición forzada de personas, no ameritan ley alguna que regule su ejercicio, ni siquiera en períodos de normalidad, los demás, a nuestro modo de ver, sí requieren una regulación especial en caso de que sea declarado el estado de excepción. Esa regulación, como ya se dijo, no puede estar contenida en el decreto que declare el estado de excepción. A nuestro modo de ver, por razones simplemente técnicas, debería estarlo en la ley orgánica sobre estados de excepción.

Pensemos en el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Nadie duda que, durante un estado de excepción, no pueda negarse a una persona natural su personalidad jurídica. Lo mismo cabe decir de las personas morales constituidas con anterioridad al estado de excepción. Pero, ¿qué sucedería si el estado de excepción conlleva como medida el cierre de las oficinas de registro?; ¿cómo reconocer el nacimiento de una nueva persona -natural o moral- y, en consecuencia, dotarla de la personalidad jurídica a la que tiene derecho? Debería, pues, existir una regulación especial al respecto que garantice el derecho a inscribir nacimientos y nuevas personas morales. Además, debería prever el procedimiento para inscribir defunciones (por lo que no se puede esperar).

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a todo evento, no es un tema demasiado álgido y su regulación en caso de estado de excepción rara vez sería aplicada: no vislumbramos muchos supuestos en los que una situación anormal pueda o deba implicar el cierre de las oficinas de registro.

Los derechos cuya regulación sí resulta absolutamente necesaria en caso de estado de excepción, pueden dividirse en tres grupos. En el primero incluiríamos los derechos a la libertad personal y al debido proceso. En el segundo, la libertad de pensamiento y el derecho a la información. En el tercero, los derechos a la participación, al sufragio y al acceso a la función pública.

Es, sin duda, el primer grupo el que suscita mayores resquemores. En efecto, los derechos a la libertad personal y al debido proceso han sido tradicionalmente blanco de restricción, sobre todo en casos de perturbación de la paz social. Y es que, efectivamente, en caso de perturbación de la paz social, muchas veces, las leyes que regulan el ejercicio de los derechos a la libertad personal y al debido proceso resultan inconvenientes o insuficientes para lograr el restablecimiento de la normalidad. Es por ello que, siempre respetando su núcleo esencial, debería existir una regulación legal de excepción al respecto.

En cuanto al derecho a la libertad personal, la legislación de excepción debería, por lo menos:

- dada la prohibición constitucional de detener a una persona sin que medie orden judicial salvo en caso de flagrancia, establecer un procedimiento especial relativo, precisamente, a la detención in fraganti, cuando se esté cometiendo un hecho que así lo amerite, en virtud del estado de excepción;
- prever expresamente que, la persona arrestada por la presunta comisión de hechos punibles que justifiquen el estado de excepción, no pueda ser juzgada en libertad, mientras dure el estado de excepción;
- establecer la obligación de llevar un registro especial de toda detención o arresto realizados en virtud de la presunta comisión de hechos punibles que justifiquen la declaratoria del estado de excepción.

Tratándose del derecho al debido proceso, debemos advertir, antes que nada, que la regulación legal de excepción que creemos necesaria se refiere, exclusivamente, a los procedimientos judiciales y administrativos de naturaleza punitiva o sancionatoria.

Lo primero que debería fijar la legislación excepcional en cuanto al derecho al debido proceso y, justamente, con el objeto de garantizar el derecho a la legalidad de las penas y las sanciones que lo compone, son tipos especiales relacionados con el estado de excepción, sean estos de carácter penal o administrativo.

Además, y por supuesto, debería establecer procedimientos judiciales y administrativos que, respetando el núcleo del derecho al debido proceso, permitan a las autoridades alcanzar una decisión definitiva en el menor tiempo posible, respecto del juzgamiento de quienes, presuntamente, hubieren incurrido en la comisión de los hechos que ameriten, por mandato de la misma ley, la aplicación de esos procedimientos.

El segundo grupo de derechos que amerita, necesariamente, una legislación de excepción, está compuesto, como se dijo, por la libertad de pensamiento y el derecho a la información.

La libertad de pensamiento -de expresión u opinión- supone que toda persona pueda expresar libremente su pensamiento, por cualquier medio, sin que pueda establecerse censura, asumiendo, claro está, plena responsabilidad por lo expresado. Ahora bien, en un supuesto de estado de excepción, el pleno ejercicio de la libertad de pensamiento podría resultar contraproducente respecto del restablecimiento de la normalidad. Es por ello que, pensamos que la legislación de excepción debería establecer específicos casos de responsabilidad, derivados del abuso de esa libertad, dirigidos especialmente -que no exclusivamente- a los funcionarios públicos (civiles o militares) y a quienes funjan como comunicadores sociales o de masas.

En el mismo orden debería ser regulado el derecho a la información. Por cuanto la censura es inaceptable, la ley debería, en primer término, definir el tipo específico de informaciones que dificultarían el restablecimiento de la normalidad y prohibir su difusión. Sería el caso, por ejemplo, de la reproducción o transmisión de imágenes que pudieran suscitar la violencia, generar pánico en la población, producir o profundizar sentimientos de depresión colectiva; de informaciones relacionadas directamente con operativos especiales tendientes al restablecimiento del orden clasificados como confidenciales. En todo caso, la ley debería ser lo más específica posible al prohibir la difusión de determinada información en caso de estado de excepción. Además y como consecuencia de lo anterior, esa misma ley debería establecer responsabilidades específicas para quienes transgredan las prohibiciones así instituidas.

El tercer grupo de derechos que requiere una legislación de excepción en razón de su intangibilidad, está compuesto por los derechos a la participación, al sufragio y al acceso a la función pública. El tema reviste especial importancia respecto del ejercicio de los derechos a la participación y al sufragio -que es una de sus formas- en estado de excepción. En cuanto al derecho de acceder a la función pública, la importancia reside en el acceso a cargos de elección popular.

Al respecto, la Constitución declara que todos los ciudadanos tienen derecho a participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes electos. Como medios de participación, señala:

- en lo político: la elección de cargos públicos; el referendo; la consulta popular; la revocación del mandato; la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente; el cabildo abierto ; y la asamblea de ciudadanos;

- en lo social y económico: las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas, incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro y la empresa comunitaria, entre otras.

La intangibilidad del derecho a la participación deriva no de la Constitución misma, sino de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así se explica que la Constitución no imponga límites a su ejercicio durante el estado de excepción: ¿cómo concebir la celebración de un referendo revocatorio durante la vigencia del estado de conmoción interior o exterior?; ¿cómo realizar cualquier otro tipo de referendo o, el acto de en las mismas circunstancias?; ¿cómo permitir el ejercicio de la iniciativa constitucional o, peor, la constituyente, en caso de estar en peligro las instituciones nacionales?; ¿cómo asegurar que un estado de emergencia económica no afecte el funcionamiento de las instancias de atención ciudadana y de las cooperativas, el pleno ejercicio de la gestión y la cogestión? Recordemos el triste escenario que fue el referendo relativo a la sanción de la Constitución de 1999, mientras ocurría una catástrofe natural en varias regiones del país.

A nuestro modo de ver, la garantía del derecho a la participación en caso de estado de excepción no puede ser otra que la continuidad o no interrupción del funcionamiento de los órganos del poder público, en especial, del órgano legislativo. De resto, debe haber una regulación legal estricta y, por supuesto, excepcional que no persiga fin distinto al de garantizar la libertad de esa participación, difiriendo, si es el caso, su ejercicio directo.

En general, la ley sobre estados de excepción debería prohibir la celebración de cualquier tipo de acto electoral durante la vigencia del estado de conmoción interior, bien sea en el ámbito nacional o, circunscrito a la o las regiones donde exista conmoción. Como contrapartida, en el caso de que un acto electoral hubiera sido fijado con anterioridad al estado de excepción o que, por mandato legal o constitucional, deba ser llevado a cabo, en ese momento, la ley debe establecer el plazo máximo, a partir de la cesación del estado de excepción, dentro del cual debe ser realizado el acto de votación. Con esto último se garantizaría el derecho de acceder a la función pública a través de la elección popular.

Además, la ley debería prohibir la iniciativa constitucional o constituyente -en cualquiera de sus formas- en caso de que el estado de conmoción interior se fundamente en la amenaza a las instituciones nacionales.

En todo caso, tomando en cuenta la naturaleza de los hechos que justifiquen cada tipo específico de estado de excepción, la ley debería establecer las medidas que

sean necesarias para garantizar el libre ejercicio del derecho a la participación, en cualquiera de sus formas.

Por otro orden de ideas, resulta necesaria -pero no imprescindible- la regulación de los derechos a la protección de la familia, a la nacionalidad, a la libertad de culto y a la libertad de conciencia.

Por último, resultaría conveniente, una regulación excepcional relativa al ejercicio del derecho al amparo constitucional, como mecanismo de protección de los derechos constitucionales afectados por el estado de excepción. Valga señalar que, en este aspecto, la ley orgánica sobre estados de excepción se limita a mantener la vigencia del régimen legal del amparo constitucional.

Dicho todo lo anterior, no puede más que llamar la atención el que la ley orgánica sobre estados de excepción se limite a restringir el ejercicio de la libertad económica y del derecho de propiedad, estableciendo, por una parte, la posibilidad de limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad, entre otras medidas similares y; por la otra, a establecer un régimen de requisiciones, sobre todo cuando ese régimen está previsto ya en la ley orgánica de seguridad y defensa: la requisición sólo procede excepcionalmente, pero no sólo en estado de excepción.

También llama la atención la facultad que se otorga al Presidente de la República de ordenar la movilización de cualquier componente o de toda la fuerza armada: la ley orgánica de las fuerzas armadas nacionales, como la ley de seguridad y defensa, establecen esa facultad: ¿para qué incluirla como medida de excepción? Como en el caso anterior, se trata de una medida excepcional, que no está necesariamente vinculada -las más de las veces no lo está- al estado de excepción.

En todo caso, la falta de regulación del ejercicio de los derechos intangibles implica que su regulación legal no puede ser modificada, en modo alguno, en el decreto que declare el estado de excepción.

b. La inexistente regulación de los regímenes de responsabilidad aplicables a quienes violen los derechos garantizados por la Constitución e incumplan los deberes que impone el estado de excepción

Una de las preocupaciones fundamentales del constituyente de 1999, fue la de dar contenido al principio constitucional de responsabilidad. De hecho, numerosas son las disposiciones constitucionales que se refieren al tema de la responsabilidad, tanto del Estado, como de sus agentes, si comparamos el novísimo texto con sus pre-

decesores.

En el caso que nos ocupa, reviste gran importancia el tema de la responsabilidad del Estado en virtud de la violación de derechos constitucionales.

La Constitución señala al respecto que el Estado está obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos (que, en definitiva, son los derechos constitucionales), cometidos por sus autoridades. Además, que el mismo Estado está obligado a indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables. Dispone que, en todo caso, las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves de los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles; que las violaciones de derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad deben ser investigados y juzgados por tribunales ordinarios y, que dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía.

Lo anterior es el marco regulatorio de la responsabilidad del Estado y de la de sus agentes, por la violación de los derechos constitucionales. Ese marco regulatorio es ciertamente general, pero, específicamente, atiende a esa responsabilidad en el ámbito del estado de excepción: es con fundamento en la excepcionalidad que se cometen los mayores abusos y las más flagrantes violaciones de los derechos constitucionales, excepcionalidad que no releva al Estado de su responsabilidad.

Es en atención a lo anterior que consideramos que la ley orgánica sobre estados de excepción debía establecer, específicamente, las sanciones -penales o administrativas- aplicables a los agentes del Estado, en razón de la violación de los derechos constitucionales de los ciudadanos, con fundamento en el estado de excepción. Por supuesto, ello no fue así, de modo que esas sanciones serán las que prevé el ordenamiento jurídico que rige para la normalidad.

Lo mismo sucede respecto del incumplimiento, por parte de funcionarios y ciudadanos, de los deberes que les impone el estado de excepción. De hecho, la ley sólo hace referencia al caso en que se incumpla el deber de cooperar con la autoridad para la protección de personas, bienes y lugares. En general, se remite a lo dispuesto en las leyes que rigen durante el período de normalidad. En cuanto a los funcionarios públicos, se establece la sanción de suspensión inmediata; salvo para los funcionarios electos popularmente, caso en el cual habrán de aplicarse las previsiones constitucionales y legales: ¿cuáles?

De lo antes dicho resulta que la ley no establece régimen especial de responsa-

bilidad alguno, respecto de las autoridades, ni de los ciudadanos.

Ahora bien, no podemos dejar de destacar que la ley orgánica en cuestión establece un régimen de responsabilidad absolutamente inaceptable para los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En efecto, dicha ley estipula que si la Sala Constitucional no se pronuncia respecto de la constitucionalidad del decreto que declare el estado de excepción dentro del plazo establecido a tal efecto, sus magistrados incurren en responsabilidad disciplinaria, pudiendo ser removidos de sus cargos, con el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.

Lo primero que hay que destacar al respecto es que la remoción de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia por la Asamblea Nacional, al traducirse en una intromisión del legislativo en el poder judicial, debe ser aplicada con sumo cuidado y sólo en casos extremos. Además, la remoción es la sanción disciplinaria más grave que puede aplicarse a un funcionario, cualquiera que sea su grado. De tal manera que no entendemos por qué el legislador -salvo para amedrentar a los magistrados- impuso tan grave sanción por el incumplimiento de un lapso; sobre todo, si no impuso sanciones específicas a los demás funcionarios públicos.

Es obvio que el legislador no entendió lo anterior, como tampoco que la responsabilidad disciplinaria de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia debe ser juzgada por los tribunales disciplinarios establecidos por la Constitución.

CONCLUSIÓN

Hemos tratado de analizar, lo más objetivamente posible, la regulación de los estados de excepción en Venezuela. Por una parte, fueron señalados los avances de esa regulación respecto de la derivada de la Constitución de 1961. Por la otra, fueron presentadas sus carencias, al menos algunas de ellas.

Para justificar las carencias de la regulación analizada, fue señalada la premura con que fueron dictadas tanto la Constitución, como la ley orgánica sobre estados de excepción; premura que se explica, en definitiva, por el tinte autoritario del gobierno actual que, por una parte, presionó a la Asamblea Nacional Constituyente para que adoptara un texto constitucional en noviembre de 1999 pudiendo esperar al menos hasta febrero de 2000 y, por la otra, amenaza constantemente con declarar el estado de excepción para acallar a la oposición y a la sociedad civil en general.

Precisamente en razón del tinte autoritario del gobierno, una de las carencias de la regulación de los estados de excepción que señalamos como fundamentales, es la única arma que tiene la sociedad venezolana, el pueblo venezolano, para protegerse de una arbitraria declaratoria de estado de excepción: el Presidente de la República no puede regular los derechos constitucionales intangibles, debiendo, a pesar de la excepcionalidad, aplicar las leyes que de ordinario reglamentan su ejercicio.

Ahora bien, el análisis objetivo que estamos por concluir suscita, en la actualidad venezolana, una pregunta obligada: ¿cuál es la eficacia de la regulación constitucional y legal de los estados de excepción?

La razón de la pregunta formulada es, fundamentalmente, la ausencia de separación efectiva de los poderes del Estado. En esas circunstancias difícilmente pueden vislumbrarse controles políticos o constitucionales: tanto la Asamblea Nacional, como el Tribunal Supremo de Justicia -en especial su Sala Constitucional- han demostrado con reiteración su ánimo de respaldar incondicionalmente la acción de gobierno, en detrimento de su principal deber constitucional, cual es velar por el interés general en ejercicio de sus funciones respectivas.