La Asamblea Constituyente en la Constitución de 1999

Escrito por: Rafael Badell Madrid

INCOSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO Nº 44 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA MEDIANTE EL CUAL SE ESTABLECE UN RÉGIMEN ESPECIAL TRANSITORIO PARA LA GESTIÓN OPERATIVA Y ADMINISTRATIVA DE LA INDUSTRIA PETROLERA NACIONAL

Rafael Badell Madrid*

1. **Presentación**
2. **La actividad petrolera y la administración de la industria petrolera en la Constitución de Venezuela**

1. Su regulación es materia de la reserva legal

2. La legislación presidencial (los decretos ley)

2.1. Decretos leyes previa ley habilitante

2.2. Decretos leyes durante un estado de excepción

3. Competencias de Petróleos de Venezuela (PDVSA)

III. Del Decreto N° 44 sobre el régimen especial y transitorio de la industria petrolera nacional

1. Fundamentación
2. La fundamentación del Decreto revela que es un acto de rango sublegal
3. El Decreto de Emergencia Económica no habilita para dictar medidas en materia de actividades petroleras.

4. El régimen de contrataciones públicas contenido en el Decreto con fundamento en la "Ley Constitucional contra la guerra económica para la racionalidad y uniformidad en la adquisición de bienes"
5. **Inconstitucionalidad del Decreto**
6. Inconstitucionalidad por violación del principio de reserva legal
7. Inconstitucionalidad por usurpación de funciones propias de la Asamblea Nacional
8. Inconstitucionalidad por violación del principio de separación de poderes
9. Inconstitucionalidad por violación de las competencias de PDVSA
10. **Conclusiones**

I. Presentación

En fecha 12 de abril de 2018, fue publicado en Gaceta Oficial N° , Decreto Nº , mediante el cual el Presidente de la República dictó "*Decreto Nº 44 en el Marco del Estado de Excepción y de Emergencia Económica mediante el cual se establece un régimen especial transitorio para la gestión operativa y administrativa de la Industria Petrolera Nacional*" (en lo sucesivo el Decreto").

El referido Decreto tiene por objeto "*establecer un régimen especial, de carácter transitorio, y las medidas administrativas acordes a éste, que contribuya de manera definitiva al aumento de las capacidades productivas de Petróleos de Venezuela S.A., PDVSA, sus empresas filiales, y la industria petrolera nacional en general*" (artículo 1 del Decreto).

El Decreto fue dictado por el Presidente de la República dentro del marco del Decreto Nº de fecha 09 de enero de 2018, mediante el cual se declara el Estado de Excepción y de Emergencia Económica, en todo el territorio Nacional[1], prorrogado mediante Decreto N° de fecha 09 marzo de 2018[2], y con fundamento en el artículo 19[3] de la "*Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas*", dictada por la Asamblea Nacional Constituyente en fecha 11 de enero de 2018[4].

1. **La actividad petrolera y la administración de la industria petrolera en la Constitución de Venezuela**

1. Su regulación es materia de la reserva legal

La reserva legal es una institución constitucional conforme a la cual ésta dispone las materias que sólo pueden ser reguladas mediante una ley, es decir, un acto con rango y fuerza de ley.

Los artículos 302[5], 303[6], 156, numerales 16[7], 32[8] y 33[9]; 187, numerales 1 y 9[10]; y, 202[11], de la Constitución prevén la reserva legal de la materia petrolera en Venezuela como atribución exclusiva del Poder Legislativo Nacional, por órgano de la Asamblea Nacional.

En efecto, el artículo 187, numeral 1, de la Constitución, establece que le corresponde a la Asamblea Nacional legislar sobre las materias propias del Poder Público Nacional, las cuales están referidas en este caso en el artículo 156 numeral 16, de la Constitución, como el *"régimen y administración de las minas e hidrocarburos"*.

De conformidad con la Constitución, por ser una materia de competencia del Poder Público Nacional, la actividad petrolera y todas sus actividades conexas, así como su control y administración, están reservadas y sólo pueden ser reguladas mediante ley, como acto sancionado por el cuerpo legislador (artículo 202 de la Constitución).

Ahora bien, la reserva legal nacional en sentido amplio, implica que *"…determinadas materias pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal,* [lo que] *excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante otro instrumento normativo que no goce de rango legal, o instrumento normativo distinto al decreto con fuerza de ley."****[12]***

En este orden de ideas, la reserva legal consiste en *"…una reserva a normas con rango de Ley"*, es decir, de: 1. ley formal dictada por la Asamblea Nacional o 2. decreto con fuerza de ley, propiamente dicho, dictado por el Presidente de la República[13] en Consejo de Ministros[14].

De esta forma, siendo que todo lo relativo a la actividad petrolera, sus actividades conexas, y todo lo referente a la administración y control de la industria petrolera en Venezuela forma parte de la reserva legal nacional, en principio, le corresponde a la Asamblea Nacional legislar sobre tales materias mediante ley (artículos 156, numerales 16, 32 y 33; 187, numerales 1 y 9; 202; 302 y 303 de la Constitución).

Siendo la ley "*el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador…" (*Artículo 202 de la Constitución), y de forma que como el

mencionado Decreto no fue dictado por el órgano legislativo válidamente legitimado para ejercer las funciones legislativas, esta norma es inconstitucional desde su origen.

Ahora bien, como es sabido, la Constitución prevé en dos situaciones que el Presidente puede dictar actos con rango y fuerza de ley: (i) previa ley habilitante, mediante decreto-ley; y (ii) Habiendo un decreto previo de Estado de excepción.

2. **La legislación presidencial (Los decretos ley)**

El ejercicio de la función legislativa por parte del presidente de la República, en Consejo de Ministros, precisa de la previa delegación legislativa, efectuada a su favor por parte de la Asamblea Nacional mediante ley habilitante (según los artículos 203, último aparte; y, 236, numeral 8 y primer aparte, de la Constitución), o la preexistencia de un Decreto de estado de excepción que concretamente lo habilite para dictar, con carácter excepcional y limitado a la resolución de la emergencia, actos que pueden tener rango y fuerza de Ley (artículos 337 y 338 de la Constitución).

2.1. Decretos leyes previa ley habilitante

La Constitución en su artículo 236 concede al presidente de la República la atribución para "8. *Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley",* en Consejo de Ministros, mientras que dispone en su artículo 203 que "*Son leyes habilitantes las sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, a fin de establecer las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República, con rango y valor de ley. Las leyes habilitantes deben fijar el plazo de su ejercicio*."

2.2. Decretos leyes durante un estado de excepción

Conforme a la doctrina constitucional, el presidente de la República puede regular, de forma transitoria y excepcional, las materias de la ley, cuando ante hechos circunstanciales, como por ejemplo una emergencia económica, sea necesario decretar un estado de excepción cumpliendo con los requisitos que disponen la Constitución (artículos 337 al 339) y la ley[15].

Cabe destacar, esta competencia extraordinaria y temporal está muy limitada a las materias y a los términos que el estado de excepción precise, puesto que el Estado de excepción no suspende el funcionamiento de los órganos del Poder Público, entre ellos el de la Asamblea Nacional, la cual debe ejercer de forma natural y propia la función legislativa.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la competencia del presidente de la República en ejecución del estado de excepción se traduce en medidas que pueden o no tener rango legal. Para que las mismas tengan dicha naturaleza es necesario que el acto se base exclusivamente en la norma constitucional y en el decreto del estado de excepción que lo dicta y que la materia sea de la reserva legal.

Ahora bien, con una previa declaratoria de estado de excepción no es posible que se modifique el régimen de las distintas instituciones consagradas en la Constitución, puesto que además de que la reserva legal lo prohíbe para supuestos de permanencia, el estado de excepción está regido por unas limitadas circunstancias dispuestas en la Constitución así como por un tiempo igualmente limitado.

Así pues, la declaratoria de estado de excepción no puede ser fundamento para que el régimen de una empresa pública de la relevancia constitucional de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA), expresamente consagrada en el artículo 303 de la Constitución, así como su estructura, funcionamiento y administración sea regulado mediante un régimen transitorio y de circunstancias sobrevenidas como la “emergencia económica”.

3. **Las funciones legislativas por parte de la Asamblea Nacional Constituyente**

La Asamblea Nacional Constituyente es un órgano que se convoca por el pueblo, como único soberano titular del poder constituyente, con la finalidad de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico, mediante la redacción de una nueva Constitución (artículo 347 de la Constitución).

En ese sentido, la Asamblea Nacional Constituyente es un órgano representativo, distinto a los poderes constituidos, que se convoca y elige por el pueblo soberano con la misión específica de elaborar un proyecto de Constitución.

De este modo, la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente supone la previa decisión del pueblo de convocarla por la vía del sufragio, a través de un referendo de consulta popular, con el objeto de redactar una nueva Constitución, la cual, únicamente previa aprobación de su texto por el pueblo soberano, entrará en vigencia para transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico.

De conformidad con lo expuesto, la Asamblea Nacional Constituyente está limitada principalmente en su objeto, puesto que sus actividades de instalación, sesión y discusión únicamente pueden estar dirigidas a la redacción y elaboración de un proyecto de Constitución.

En ese sentido, no le corresponde a la Asamblea Nacional Constituyente dictar leyes de contenido nuevo o modificar las existentes, ni dictar actos de gobierno o reformar el régimen vigente. Tampoco realizar actos de control de los poderes constituidos ni hacer designaciones de sus titulares o funcionarios.

En síntesis, tiene la Asamblea Nacional Constituyente una sola y única competencia: escribir, discutir y aprobar un proyecto de Constitución para ser sometido a la consideración del pueblo soberano, y de no aprobarla cesa éste órgano en su existencia, quedando todo el régimen jurídico intacto, con las solas modificaciones que se hayan producido por la actuación de los poderes constituidos en ejecución de sus respectivas competencias.

Ahora bien, como es sabido, la Asamblea Nacional Constituyente es inconstitucional por su origen desde que fue ilegítimamente convocada mediante decreto presidencial N° de fecha 1° de mayo de 2018 y no mediante referendo consultivo aprobatorio del pueblo soberano titular del poder constituyente[16]; como por su desempeño desde su instalación el 04 de agosto de 2017.

En efecto, todas las actuaciones de la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente han excedido la competencia fijada por la Constitución –inclusive para un órgano de esta naturaleza legítimamente convocado-, y más allá de la sesión para la redacción y discusión de un proyecto de nueva Constitución -en abierta inconstitucionalidad-, esta ha dictado una serie de actos que han pretendido modificar el régimen jurídico vigente sin la intervención de la voluntad popular.

Así pues, mediante “Decretos Constituyentes”, “Leyes Constitucionales” y “Acuerdos Constituyentes”, la Asamblea Nacional Constituyente:

1. i)ha dictado leyes de contenido nuevo y modificado las existentes;
2. ii)ha realizado actos de control e intervención de los poderes constituidos a través de la designación, ratificación o remoción de sus titulares o funcionarios; e inclusive,

iii) ha convocado procesos electorales para la elección popular de representantes de los poderes públicos (en todos sus niveles, local, regional o nacional) y ha exigido juramentarlos.

Por esas razones, todas las decisiones emanadas de la Asamblea Nacional Constituyente desde su inconstitucional “convocatoria” y hasta la presente fecha son inconstitucionales, pues derivan de un órgano ilegítimamente convocado e instaurado que ha excedido las funciones que la propia Constitución le asigna.

Es claro entonces que todas las actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente distintas a la redacción de un texto constitucional son ilegítimas y que así lo es la "Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas"[17], sobre la cual se basó el Decreto N° 44 sobre el régimen especial y transitorio de la industria petrolera nacional para modificar el régimen de contrataciones públicas de las empresas de la industria petrolera.

4. Las competencias de Petróleos de Venezuela S.A., (PDVSA)

La Constitución y la Ley Orgánica que reserva al Estado Bienes y Servicios Conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos prevén que PDVSA como empresa del estado creada para el manejo de la industria petrolera (artículo 303 de la Constitución), es la encargada de controlar y ejecutar todas las actividades en materia petrolera reservadas al Estado (artículo 1[18],4[19] y 8[20] de la Ley).

III. Del Decreto N° 44 sobre el régimen especial y transitorio de la industria petrolera nacional

1. **Fundamentación**

El Decreto No 44 tiene su fundamento (según lo dispuesto en su texto) en el artículo 226 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela[21]; y en los numerales 2 y 11 del artículo 236 *ejusdem****[22]***; en el artículo 19 de la Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas, así como en los numerales 1 y 24 del artículo 2°[23] del Decreto N° de fecha 09 de enero de 2018, mediante el cual se declaró el Estado Excepción y de Emergencia Económica en todo el territorio Nacional, prorrogado mediante Decreto N° del 09 de marzo de 2018; en concordancia con el artículo 46[24] del *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública*, y con el numeral 12 del artículo 5°[25] del *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas****[26]***.

En sus considerandos, el Decreto señala las razones por las cuales se implementan estas medidas, entre ellas, las siguientes:

1. *a)"Que el Decreto de Emergencia Económica publicado en enero de 2018 y prorrogado en marzo del mismo año, tiene como objeto que el Ejecutivo Nacional disponga de la atribución suficiente para adoptar las medidas oportunas que permitan atender eficazmente la situación excepcional, extraordinaria y coyuntural producto de la guerra económica, y de manera*

especial, lo habilita para dictar los lineamientos que correspondan en materia de procura nacional o internacional de bienes o suministros esenciales para garantizar el impulso de la producción y distribución de los rubros considerados como estratégicos para la satisfacción de necesidades de los habitantes de la República, mediante la aplicación excepcional de mecanismos expeditos de selección de contratistas y su ulterior contratación, que garanticen además la racionalidad y transparencia de tales contrataciones".

1. *b)"Que ante la coyuntura económica, caracterizada por agresiones internas y externas, éstas últimas materializadas en sanciones dictadas de manera unilateral por países abiertamente opuestos al desempeño soberano e independiente de la nación venezolana, la Industria Petrolera nacional, Petróleos de Venezuela S.A., y sus empresas filiales, deben adecuar sus procesos a las particularidades de una nueva dinámica transitoria, en la cual acciones con intenciones políticas han reducido la capacidad de las relaciones comerciales y de inversión de la principal industria del país, creando un ambiente".*

1. *c)"Que el Gobierno Bolivariano ejecuta un plan integrado para aumentar sostenidamente de las capacidades productivas de la Industria Petrolera, Petróleos de Venezuela S.A., y sus empresas filiales a niveles óptimos de eficiencia, el cual debe llevarse a cabo en estrecha vinculación con las regulaciones especiales en materia de organización administrativa y contrataciones públicas, adaptadas a las especificidades del mercado petrolero mundial y la posición de las empresas petroleras venezolanas en éste, los compromisos válidamente asumidos con inversores nacionales y extranjeros y la recuperación de índices de eficiencia adecuados".*

Además de los lineamientos con ocasión del régimen de las actividades petroleras en Venezuela, y el régimen "especial" de contrataciones públicas al cual nos referiremos más adelante, el aludido decreto establece que el Ministro del Poder Popular de Petróleo deberá proceder a elaborar más propuestas para generar normas para el establecimiento de un régimen definitivo adaptado a la dinámica petrolera internacional; y podrá resolver el cese de la aplicación del régimen y las medidas administrativas especiales transitorias previstas en el Decreto. Con lo cual se le otorgan inconstitucionalmente atribuciones al Ministerio que no son propias de este órgano.

2. **La fundamentación del Decreto revela que es un acto de rango sublegal**

Al referirse expresamente en su fundamentación a las competencias previstas en el artículo 46 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, se reconoce que el Decreto es un acto de rango

sublegal.

En efecto, el artículo 46 dispone que el presidente de la República, en su carácter de jefe del Estado y del ejecutivo nacional, dirige la acción del gobierno y de la administración pública, con la colaboración inmediata del vicepresidente ejecutivo, conforme a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, por lo que no está en modo alguno refiriéndose a la facultad extraordinaria de dictar actos con rango y fuerza de ley.

Al ser el Decreto un acto administrativo, es inconstitucional por ser violatorio del principio de la reserva legal así como de las competencias asignadas en la Constitución y en la Ley Orgánica de Reserva de Bienes y Servicios conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos de 2009, exclusivamente a la República o a PDVSA y sus filiales, pues se autoriza irresponsablemente al Ministerio del Petróleo a realizar materialmente cualquier decisión que discrecionalmente –arbitrariamente- dicte respecto de las empresas de la industria petrolera nacional, incluso hasta suprimir a PDVSA***[27]***.

3. **El Decreto de Emergencia Económica es un acto nulo de nulidad absoluta y, además, no habilita para dictar medidas en materia de actividades petroleras.**

El Decreto de Emergencia Económica no ha sido autorizado por la Asamblea Nacional, viola el límite temporal de la Constitución (60 días prorrogable por 60 más), y ha sido dictado en desviación de poder pues se ha usado para transferir de forma irregular la función legislativa del parlamento al órgano ejecutivo lo cual supone una ruptura del orden constitucional. En todo caso, el Decreto de Emergencia invocado como fundamento del Decreto Nº 44 no habilita al Presidente a dictar este tipo de medidas.

El Decreto de Estado Excepción y de Emergencia Económica en todo el territorio Nacional es inconstitucional por ser violatorio de los artículos que regulan los estados de excepción: artículos 337[28], 338[29] y 339[30] de la Constitución, no cuenta con la autorización parlamentaria y estar enmarcado en una acción del Ejecutivo para burlar la temporalidad constitucionalmente prevista para este tipo de estado de emergencia.

En efecto, los Decretos de Estado de Excepción y Emergencia Económica se iniciaron en enero de 2016[31] y han sido prorrogados y sustituidos por nuevos decretos consecutivamente hasta marzo de 2018[32] de forma inconstitucional, dado que:

(i) violan la formalidad necesaria de la aprobación parlamentaria, pues la Asamblea Nacional no ha autorizado dichos decretos.

(ii) las prórrogas violan la competencia de la Asamblea Nacional que es el órgano que debe decidirla.

(iii) violan la temporalidad del decreto de emergencia económica que es solo de 60 días prorrogable por una sola vez y ya van más de dos años de emergencia ininterrumpida.

(iv) violan el artículo 337 de la Constitución al no determinar las circunstancias de orden económico que afecten gravemente la Nación, las instituciones y los ciudadanos, es decir, los hechos objetivos que justifiquen la declaratoria de estado de excepción;

(v) violan el artículo 338 de la Constitución, que dispone que podrá decretarse el estado de emergencia económica únicamente cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación;

(vi) los Decretos de Estado de Excepción y Emergencia Económica son inconstitucionales en la medida en que otorgan al Ejecutivo Nacional una serie de poderes ilimitados sin especificar la regulación del ejercicio del derecho cuya garantía se restringe y nunca fueron aprobados por la Asamblea Nacional, violando expresamente lo dispuesto en el artículo 339 constitucional.

En virtud de estas consideraciones forzosamente hay que concluir que este Decreto es absolutamente inconstitucional desde su origen, pues ha sido dictado fundamentándose en normas que no atribuyen ningún tipo de legitimidad al presidente de la República para legislar sobre el régimen y administración de las minas e hidrocarburos.

Es decir, este decreto de estado de excepción no habilita al presidente para dictar medidas en materia de actividades petroleras, pues señala que se declara el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el territorio Nacional, "*dadas las circunstancias extraordinarias en el ámbito social, económico y político, que afectan el orden constitucional, la paz social, la seguridad de la Nación, las instituciones públicas y a las ciudadanas y ciudadanos habitantes de la República, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, contundentes, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, alimentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida*".

Si bien el decreto de estado de excepción dispone ampliamente que con fundamento en la declaratoria de estado de excepción y de emergencia económica puede el presidente establecer "las regulaciones excepcionales y transitorias necesarias para garantizar el impulso de los motores Agroalimentario, de producción y distribución de los rubros considerados como estratégicos para la satisfacción de necesidades de los habitantes de la República" (artículo 2, numeral 1 del Decreto de estado de excepción y emergencia económica), ello no

autoriza al presidente a dictar medidas extraordinarias que permitan al Ministerio del Petróleo dictar cualquier tipo de normas para regular y ejercer el control absoluto (centralización) de la actividad petrolera.

De manera que al no existir un Estado de Excepción constitucional, excepcional y específico que le atribuya la posibilidad de dictar este tipo de medidas para atender la emergencia, este Decreto dictado por el Presidente de la República mediante el cual modifica el régimen de la actividad petrolera y las contrataciones públicas por parte de PDVSA y sus filiales, es inconstitucional por cuanto pretende legislar sobre una materia cuya regulación está reservada al Poder Legislativo, en órgano de la Asamblea Nacional, y cuyas competencias en todo caso, solo pueden ser ejercidas por PDVSA o sus filiales, y no por el ministro de petróleo[33].

4. **El régimen de contrataciones públicas contenido en el Decreto con fundamento en la "Ley Constitucional contra la guerra económica para la racionalidad y uniformidad en la adquisición de bienes"**

Como hemos dicho, el Decreto N° 44 sobre el régimen especial transitorio de la industria petrolera nacional fue dictado, no solo dentro del marco del Decreto de Estado de Excepción y de Emergencia Económica, sino también con fundamento en el artículo 19[34] de la "*Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas*" (en lo sucesivo "Ley Contra la Guerra Económica"), dictada por la Asamblea Nacional Constituyente en fecha 11 de enero de 2018.

La "Ley Constitucional Contra la Guerra Económica" modifica, entre otros aspectos, todo el régimen de contrataciones públicas a ser realizadas por las empresas del Estado. En ese sentido, el artículo 19 de dicha "Ley Constitucional Contra la Guerra Económica" dispone lo siguiente:

"***Contrataciones públicas por parte de entes del Estado con fines empresariales***

Artículo 19*. Los regímenes de contrataciones públicas a ser realizados por los entes del Estado con fines empresariales, salvo en lo relativo a concesiones, será objeto de regulación especial, en términos tales que otorguen a dichos entes la agilidad y eficiencia suficientes, sin menoscabo de la transparencia de los procesos de contratación y del ejercicio de las funciones de control de los órganos competentes."*

De esa forma, con el fin "*facilitar los mecanismos de control de tales procesos*", la "Ley Constitucional Contra la Guerra Económica", estableció en su artículo 19 que salvo en lo relativo a las concesiones, las contrataciones públicas por parte de entes del Estado con fines empresariales debían ser "*objeto de regulación especial*".

En ese sentido, el régimen aplicable a las empresas del Estado fue regulado, respecto de las empresas del Estado en la industria petrolera nacional., por la regulación especial contenida en el mencionado Decreto Nº 44.

En efecto, el artículo 4 del Decreto regula la adquisición de servicios o ejecución de obras por Petróleos de Venezuela, S.A., y sus empresas filiales, *independientemente del monto la compra de bienes*, a través de la modalidad de contratación por consulta de precios.

Asimismo, el artículo 5 dispone de una lista de productos, servicios y ejecución de obras, para cuya compra, adquisición y ejecución deberá procederse mediante la modalidad de contratación directa.

De esta forma, el Decreto sobre el régimen especial transitorio de la industria petrolera nacional no solo pretende modificar todo el régimen constitucionalmente consagrado sobre la actividad de hidrocarburos y la actuación de Petróleos de Venezuela S.A., (PDVSA) y sus filiales, sino que además busca alterar el régimen de contrataciones públicas a ser realizadas por esta empresa del Estado y sus filiales.

El Decreto eliminó todas las modalidades de selección de contratistas basadas en los principios de transparencia, y estableció en cambio solo dos nuevas modalidades de contratación: (i) la consulta de precios; y (ii) la adjudicación directa, los cuales debilitan los controles que previenen la corrupción en estos casos y permiten la participación de empresas privadas en la adjudicación directa de contrataciones; y le atribuyó amplias facultades al Ministerio del Petróleo para la *"organización, gestión y administración de las empresas de la industria petrolera del sector público, en especial Petróleos de Venezuela S.A., PDVSA, y sus empresas filiales".*

Claramente estas normas son por demás, inconstitucionales, pues la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente no tiene verdaderas y legítimas facultades legislativas[35] ni puede facultar al presidente para dictar normas que tácitamente derogan otra ley, aunque el mencionado Decreto se fundamente en el Decreto de Estado Excepción y Emergencia Económica, pues ésta norma también es inconstitucional.

Además, cabe destacar que la Constitución y la Ley Orgánica de Reserva del 2009 reservó las actividades petroleras auxiliares y conexas al Estado, y estas pasaron a ser ejecutadas directamente por la República, por PDVSA o sus filiales, o a través de empresas mixtas bajo el control de PDVSA, en ese sentido, no se entiende cómo es que mediante un Decreto puedan ser creadas normas que modifiquen completamente las modalidades de contrataciones de PDVSA y sus filiales y además se le atribuya la competencia al Ministerio del Petróleo para controlar la actividad petrolera nacional en usurpación de funciones.

De otra parte, es menester reiterar que todas las actuaciones de la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente, entre ellas la “Ley Constitucional contra la guerra económica para la racionalidad y uniformidad en la adquisición de bienes”, son inconstitucionales por cuanto pretenden modificar el régimen jurídico vigente sin la intervención de la voluntad popular, y fueron dictadas en exceso de la competencia fijada por la Constitución –inclusive para un órgano de esta naturaleza legítimamente convocado-, la cual solo permite a la Asamblea Nacional Constituyente la redacción de un nuevo texto constitucional (artículo 347 de la Constitución).

1. **Inconstitucionalidad del Decreto**

1. **Inconstitucionalidad por violación del principio de reserva legal**

Al haberse basado el Decreto en la Ley Orgánica de la Administración Pública en la norma que contempla el principio de legalidad de la actuación presidencial, éste viola el principio de la reserva legal.

En efecto, siendo que todo lo relativo a la actividad petrolera, sus actividades conexas, y todo lo referente a la administración y control de la industria petrolera en Venezuela forma parte de la reserva legal nacional, en principio, le corresponde a la Asamblea Nacional legislar sobre tales materias mediante ley (artículos 156, numerales 16, 32 y 33; 187, numerales 1 y 9; 202; 302 y 303 de la Constitución), al no haber sido autorizado el referido Decreto por una ley habilitante, viola el principio de la reserva legal.

Asimismo, al fundamentarse el referido Decreto en el Decreto de Emergencia Económica que es nulo de nulidad absoluta, carece de basamento que justifique la facultad presidencial de dictar decretos leyes y, por tanto, viola el principio de la reserva legal.

2. **Inconstitucionalidad por usurpación de funciones propias de la Asamblea Nacional**

Siendo que por disposición constitucional (artículo 187, numeral 1), el único órgano legitimado para legislar en las materias de la competencia nacional, (artículo 156, numerales 16, 32 y 33) es la Asamblea Nacional; que no existe una habilitación para que el Presidente legisle en esta materia; que el Decreto de Emergencia Económica no lo autoriza a regular o modificar el régimen de la actividad petrolera y de las contrataciones de PDVSA, y, aun si lo hiciera, que dicho Decreto de emergencia económica es nulo de nulidad absoluta; y que la Asamblea Nacional Constituyente tampoco tiene facultades para legislar en materias de competencia nacional, la conclusión es que ni el presidente de la República ni la Asamblea Nacional Constituyente tienen competencias para,

mediante Decreto o “Ley Constitucional”, modificar o reformar el régimen de la actividad y la industria petrolera en Venezuela ni el régimen de contrataciones públicas de PDVSA y sus filiales, pero sin embargo, lo hace en usurpación de las funciones propias de la Asamblea Nacional.

En efecto, tanto el Decreto como la “Ley Constitucional Contra la Guerra Económica” que le sirve de fundamento, persiguen la anulación -mediante la usurpación- de las funciones propias del órgano legislativo (Asamblea Nacional), único órgano del Poder Público legitimado por el pueblo venezolano a través de elecciones libres, universales, directas y secretas para legislar en las materias de competencia del Poder Nacional, (artículo 187, numeral 1 y 9 en concordancia con el artículo 156, numerales 16 y 32, de la Constitución).

En ese sentido, el artículo 138 de la Constitución dispone que toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos, por tanto el Decreto N° 44 sobre el régimen especial y transitorio de la industria petrolera nacional, mediante el cual el presidente de la República usurpa funciones propias de la Asamblea Nacional, es nulo de nulidad absoluta.

3. **Inconstitucionalidad por violación del principio de separación de poderes**

Asimismo, tanto el Decreto N° 44 como la “Ley Constitucional Contra la Guerra Económica” vulneran el principio de separación de poderes establecido en el artículo 136, en concordancia con el artículo 137 de la Constitución, según los cuales “*Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias*”, y solo la “*Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen*”.

4. **Inconstitucionalidad por violación de las competencias de PDVSA y sus filiales**

Los artículos 1, 4, y 8 de la Ley Orgánica que reserva al Estado Bienes y Servicios Conexos a la Actividad Petrolera, disponen que las competencias derivadas de las actividades petroleras y conexas reservadas al Poder Nacional deben ser ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por PDVSA y sus filiales.

Por lo tanto, los únicos órganos legitimados para ejercer y ejecutar esas competencias son la República y PDVSA. Esto implica que el Decreto es inconstitucional e ilegal por cuanto otorga competencias propias de PDVSA a un órgano incompetente para llevar a cabo el manejo de la industria petrolera (artículo 303 de la Constitución), como lo es el Ministerio del Poder Popular para el Petróleo.

Por las razones expuestas, el Decreto sobre el régimen especial y transitorio de la industria petrolera nacional, fue dictado en contravención con las disposiciones constitucionales que regulan la actividad de la industria petrolera nacional (artículos ; 187.1 y 9, 302 y 303), y por ende, en violación

del principio de reserva legal, en usurpación de las funciones constitucionales propias de la Asamblea Nacional y de PDVSA, únicos órganos legitimados para legislar en la materia y ejercer las competencias asignadas en el manejo de la industria petrolera, respectivamente, y en violación del principio de separación de poderes; por lo que de conformidad con lo previsto en el artículo 138 de la Constitución es nulo y no tiene eficacia alguna.

1. **Conclusiones**

1. Las normas sobre las cuales se fundamenta el Decreto no habilitan al Presidente para ejercer competencias legislativas que constitucionalmente fueron asignadas a otro órgano del Poder Público Nacional, es decir, a la Asamblea Nacional.

2. La norma del Decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica sobre la cual también está fundamentado el Decreto es igualmente inconstitucional, por cuanto no fue aprobado por la Asamblea Nacional y viola los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución, normas que regulan los estados de excepción.

3. La "Ley Constitucional Contra la Guerra Económica", que "sirve" como fundamento del régimen de contrataciones públicas dispuesto en el Decreto, es inconstitucional por cuanto fue dictada por un órgano ilegítimo como lo es la Asamblea Nacional Constituyente, la cual solo sería competente –de haber sido convocada constitucionalmente-, para elaborar un proyecto de Constitución (artículo 347 de la Constitución), nunca para legislar en materias de competencia nacional, que es función legislativa propia y exclusiva de la Asamblea Nacional (artículo 187, numeral 1 de la Constitución).

4. El Decreto dictado por el Presidente Nicolás Maduro mediante el cual se pretende regular y reformar el régimen de las actividades petroleras y la industria petrolera nacional es inconstitucional, por cuanto:

4.1 Regula una materia que se encuentra constitucionalmente reservada a la ley en violación del artículo 156, numerales 16, 32 y 33 de la Constitución y en consecuencia, sólo puede ser regulada a través de la ley en sentido formal;

4.2 Usurpa las funciones propias de la Asamblea Nacional de conformidad con los artículos 187 numeral 1 y 9 202, 203, y 236 *eiusdem.*

4.3 Viola el principio de separación de poderes establecido en el artículo 136 en concordancia con el artículo 137 constitucional, el ejercer funciones que son propias del Poder Legislativo, e incurre en la nulidad establecida en el artículo 138 de la Constitución según el cual "*Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos*".

* Doctor en Derecho. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello (pregrado, postgrado y doctorado). Andrés Bello Fellowship en la Universidad de Oxford durante el

año académico 1998-1999. Senior Associate Member de la Universidad de Oxford durante el año académico 2006-2007. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau 1985. Foreign Legal Consultant, admitido por el Florida State Bar.

[1] Gaceta Oficial N° del 09 de enero de 2018.

[2]Gaceta Oficial N° del 09 de marzo de 2018.

[3] Artículo 19 de la "Ley Constitucional Contra la Guerra Económica": "Los regímenes de contrataciones públicas a ser realizados por los entes del Estado con fines empresariales, salvo lo relativo a concesiones, será objeto de regulación especial, en términos tales que otorguen a dichos entes la igualdad y eficiencia suficientes, sin menoscabo de la transparencia de los procesos de contratación y del ejercicio de las funciones de control de los órganos competentes".

[4] Gaceta Oficial Nº del 11 de enero de 2018.

[5] *"Artículo 302. El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo".*

[6] *"Artículo 303. Por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera, exceptuando las de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela, S.A".*

[7] *"Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:*

16. *El régimen y administración de las minas e hidrocarburos; el régimen de las tierras baldías; y la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país".*

[8] *"Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:*

32. *La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo,*

previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional".

[9] *"Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:*

33. *Toda otra materia que la presente Constitución atribuya al Poder Público Nacional, o que le corresponda por su índole o naturaleza".*

[10] *"Artículo 187. Corresponde a la Asamblea Nacional:*

1. *Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional.*
2. *Autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional, en los casos establecidos en la ley. Autorizar los contratos de interés público municipal, estadal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela".*

[11] "*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".*

[12] Pierre Tapia, Oscar. "Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia (Desde 1973)". Caracas, Venezuela. Editorial Melvin. No. 6. Junio 2007. P. 32; Ramírez, Humberto y Garay, Juan. "Jurisprudencia Venezolana". Caracas, Venezuela. Ramírez y Garay, S.A. Tomo CCLIII. Marzo 2008 b. P. 401.

[13] Leza Betz, Daniel. "La Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional y las Nuevas Competencias Normativas del Presidente de la República previstas en la Constitución de 1999. Al traste con la Reserva Legal Formal Ordinaria en el Derecho Constitucional Venezolano". Revista de Derecho Público. No. 82. Caracas, Venezuela, 2000. P. 28.

[14] Es por ello que se ha afirmado que la reserva legal nacional *"…comporta una obligación para el Parlamento de legislar en determinadas materias…Por supuesto…ese concepto se ha relativizado con el otorgamiento de la potestad normativa a los gobiernos, en las Constituciones, mediante la figura del decreto con fuerza de ley propiamente dicho*". Vid. Peña Solís, José. "La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública Venezolana". Colección de Estudios Jurídicos No. 10. Caracas, Venezuela, 2005. Tribunal Supremo de Justicia, .

[15] Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, publicada en Gaceta Oficial n° de fecha 15 de agosto de 2001.

[16] Vid. Badell Madrid, Rafael, "Régimen jurídico del proceso constituyente en la Constitución de Venezuela". Artículo publicado en BREWER-CARÍAS, Allan / GARCÍA SOTO, Carlos (compiladores), «Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017», Editorial Temis, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá/Caracas, 2017, . Publicado también en la página web de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales: Disponible en:

[17] Gaceta Oficial Nº del 11 de enero de 2018.

[18] *"Las actividades reservadas mediante la presente Ley serán ejecutadas, directamente por la República; por Petróleos de Venezuela, S.A., (PDVSA) o de la filial que ésta designe al efecto; o, a través de empresas mixtas, bajo el control de Petróleos de Venezuela, S.A., (PDVSA) o sus filiales".*

[19] *"Artículo 4: A partir de la publicación de la presente Ley, Petróleos de Venezuela S.A., (PDVSA) o la filial que ésta designe, tomará posesión de los bienes, y control de las operaciones referidas a las actividades reservadas…".*

[20] *"Artículo 8: Los permisos, certificaciones, autorizaciones y registros vigentes, pertenecientes a los operadores de las actividades reservadas, o que recaigan sobre bienes utilizados por las mismas, pasarán de pleno derecho, a la titularidad de Petróleos de Venezuela S.A., (PDVSA) o a la filial que ésta designe".*

[21] *Artículo 226. El Presidente o Presidenta de la República es el Jefe o Jefa del Estado y del Ejecutivo Nacional, en cuya condición dirige la acción del Gobierno.*

[22] *Artículo 236. Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: 2. Dirigir la acción del Gobierno. 11. Administrar la Hacienda Pública Nacional.*

[23] *Artículo 2°. Con fundamento en la declaratoria de Estado de Excepción y de Emergencia Económica a que refiere el presente Decreto, podrán ser restringidas las garantías para el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, salvo las indicadas en el artículo 337 constitucional in fine, y las señaladas en el artículo 7° de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, cuando se trate de la aplicación de alguna de las medidas excepcionales que a continuación se indican: 1. Establecer las regulaciones excepcionales y transitorias necesarias para garantizar el impulso de los motores Agroalimentario, de producción y distribución de los rubros considerados como estratégicos para la satisfacción de necesidades de los habitantes de la República. 24. Dictar los lineamientos que correspondan en materia de procura nacional o internacional de bienes o suministros esenciales para garantizar la salud, la alimentación y el sostenimiento de servicios públicos esenciales, tales como servicios domiciliarios, de salud, educación y seguridad ciudadana, en todo el territorio nacional, en el marco de acuerdos comerciales o de cooperación que favorezcan a la República, mediante la aplicación excepcional de mecanismos expeditos de selección de contratistas y*

su ulterior contratación, que garanticen además la racionalidad y transparencia de tales contrataciones.

[24] *Artículo 46. La Presidenta o Presidente de la República, en su carácter de Jefa o Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional, dirige la acción del gobierno y de la Administración Pública, con la colaboración inmediata de la Vicepresidenta Ejecutiva o Vicepresidente Ejecutivo, conforme a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley.*

[25] *Artículo 5°. Quedan excluidos, sólo de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas indicadas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, los contratos que tengan por objeto: 12. La adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras, requeridos, cuando se decrete cualquiera de los estados de excepción contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.*

[26] Gaceta Oficial N° Extraordinario del 19 de noviembre de 2014.

[27] Brewer-Carías, Allan. "La Inconstitucionalización de la Cleptocracia en Venezuela: la inconstitucional reforma tácita del régimen de contrataciones públicas, y la inconstitucional eliminación, por decreto, de la licitación para la selección de contratistas en la industria petrolera, y de la nacionalización de las actividades auxiliares o conexas con la industria". Nueva York, Estado Unidos, abril de 2018.

[28] Artículo 337. El Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción. Se califican expresamente como tales las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos. En tal caso, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles.

[29] Artículo 338. Podrá decretarse el estado de alarma cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación, o de sus ciudadanos y ciudadanas. Dicho estado de excepción durará hasta treinta días, siendo prorrogable hasta por treinta días más.

Podrá decretarse el estado de emergencia económica cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación. Su duración será de hasta sesenta días, prorrogable por un plazo igual.

Podrá decretarse el estado de conmoción interior o exterior en caso de conflicto interno o externo, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la

Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas, o de sus instituciones. Se prolongará hasta por noventa días, siendo prorrogable hasta por noventa días más.

La aprobación de la prórroga de los estados de excepción corresponde a la Asamblea Nacional. Una ley orgánica regulará los estados de excepción y determinará las medidas que pueden adoptarse con base en los mismos.

[30] Artículo 339. El decreto que declare el estado de excepción, en el cual se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, será presentado, dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad. El decreto cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Presidente o Presidenta de la República podrá solicitar su prórroga por un plazo igual, y será revocado por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron. La declaración del estado de excepción no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público.

[31] Decreto N° , mediante el cual se declara el Estado de Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y su ordenamiento jurídico, por un lapso de sesenta (60) días, en los términos que en él se indican. Gaceta Oficial Nro. extraordinario del 14 de enero de 2016.

[32] Decreto N° , mediante el cual se prorroga por sesenta (60) días, el plazo establecido en el Decreto N° , de fecha 09 de enero de 2018, mediante el cual se declara el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, dadas las circunstancias extraordinarias en el ámbito social, económico y político, que afectan el Orden Constitucional, la paz social, la seguridad de la Nación, las Instituciones Públicas y a las ciudadanas y a los ciudadanos habitantes de la República. Gaceta Oficial Nro. del 09 de marzo de 2018.

[33] En este sentido dispone el artículo 2 del Decreto lo siguiente: *“Artículo 2°. El Ministro del Poder Popular de Petróleo ejercerá, además de las facultades de control y tutela establecidas en el ordenamiento jurídico, las más amplias facultades de organización, gestión y administración de las empresas de la industria petrolera del sector público, en especial Petróleos de Venezuela S.A., PDVSA, y sus empresas filiales, en los términos expuestos en este decreto”.*

[34] Artículo 19 de la “Ley Constitucional”: “Los regímenes de contrataciones públicas a ser realizados por los entes del Estado con fines empresariales, salvo lo relativo a concesiones, será objeto de regulación especial, en términos tales que otorguen a dichos entes la igualdad y eficiencia

suficientes, sin menoscabo de la transparencia de los procesos de contratación y del ejercicio de las funciones de control de los órganos competentes".

[35] En efecto, pese a que la "Ley Constitucional" señala "los artículos 347, 348 y 349 de la Constitución" como fundamento del ejercicio de las funciones legislativas de la Asamblea Nacional Constituyente, lo cierto es que esas disposiciones constitucionales aluden a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente y al respeto absoluto que debe tenerse de la nueva Constitución que se dicte y de las decisiones que la Asamblea tome en ejecución de la nueva Constitución.

Leer

Rafael Badell Madrid, La Asamblea Constituyente en la Constitución de 1999. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018. 147 p.

1. Rafael Badell Madrid, La Asamblea Constituyente en la Constitución de 1999. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018. 147 p.