



Jesús M. Casal H. (Venezuela)\*

## Proceso constituyente, Constitución y justicia constitucional

### RESUMEN

Este trabajo pretende poner de relieve la importancia que tiene el proceso constituyente venezolano de 1999 para comprender la evolución de la institucionalidad del país hasta el presente. La inclinación al ejercicio irrestricto del poder y a la ocupación unilateral de los espacios institucionales marcó el desarrollo futuro de los acontecimientos. Un factor relevante en este contexto fue el régimen transitorio espuriamente aprobado y erróneamente concebido por la Asamblea Nacional Constituyente. Esta *palanca* político-constituyente ha encontrado, además, un punto de apoyo fundamental en la jurisdicción constitucional. Al hilo del análisis de estos hechos nacionales se abordan problemas teórico-constitucionales de alcance general.

**Palabras clave:** sistema constitucional, Estado democrático de derecho, jurisdicción constitucional, justicia constitucional, Constitución política, proceso constitucional, asamblea nacional constituyente, jurisprudencia comentada, Venezuela.

### ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Arbeit setzt sich mit der Bedeutung des venezolanischen Verfassungsgebungsprozesses von 1999 für das Verständnis der institutionellen Entwicklung des Landes bis in die Gegenwart auseinander. Mit der Neigung zur unbegrenzten Machtausübung und der einseitigen Besetzung der institutionellen Räume wurden die Weichen für die weitere Entwicklung der Ereignisse gestellt. Ein relevanter Faktor war in diesem Zusammenhang die von der Verfassungsgebenden Nationalversammlung fälschlicherweise angenommene und konzeptionell verfehlt Übergangsregelung. Dieser politisch-verfassungsgebende *Hebel* konnte außerdem gerade auch dank der Unterstützung durch die Verfassungsgerichtsbarkeit angesetzt werden. Im Anschluss an die Analyse dieser Vorgänge auf nationaler Ebene wird auf allgemeine verfassungstheoretische Fragen eingegangen.

**Schlagwörter:** Verfassungssystem, demokratischer Rechtsstaat, Zuständigkeitsbereich der Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassung, Verfassungsprozess, Verfassungsgebende Versammlung, kommentierte Rechtsprechung, Venezuela.

---

\* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. [jcasal@ucab.edu.ve](mailto:jcasal@ucab.edu.ve)

## ABSTRACT

The purpose of this paper is to highlight the importance of the Venezuelan constituent process of 1999 to understand the evolution of institutionality in the country up to present times. The propensity to unrestricted exercise of power and the unilateral use of institutional spheres marked future developments. A significant factor in this context was the transitional system poorly designed and spuriously approved by the National Constituent Assembly. This political-constituent lever has also found an essential fulcrum in the constitutional jurisdiction. In line with the discussion of these national facts, general theoretical-constitutional issues are addressed.

**Keywords:** constitutional system, democratic rule of law, constitutional jurisdiction, constitutional justice, political Constitution, constitutional process, national constituent assembly, annotated jurisprudence, Venezuela.

## 1. Introducción

El propósito de este trabajo es poner de manifiesto que la evolución que ha tenido el sistema político venezolano desde 1999 no podría entenderse sin tener en consideración el proceso constituyente de ese año. Ello es además imprescindible para comprender la posición que ha ocupado la Constitución en el ordenamiento jurídico y el papel que ha jugado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. De lo dicho se desprende que este trabajo también pondrá de relieve la conexión existente entre los tres conceptos y elementos constitucionales mencionados: el proceso constituyente, la Constitución y la justicia constitucional.

Anticipando las conclusiones del estudio podemos decir que la reducida eficacia de la Constitución en la orientación de la dinámica política e institucional del país es correlativa a la enormidad de los poderes ejercidos por la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 y al tratamiento dado a la transición constitucional. No estamos afirmando que esta es la única ni la principal causa para explicar las desviaciones constitucionales que desde entonces se han producido; solo sostenemos que ha sido un importante factor concurrente. A la vez, el uso dado a tales poderes se ha visto reflejado en la función cumplida por la Sala Constitucional, como veremos.

## 2. La admisión de un poder constituyente incontenible y sus consecuencias

### 2.1. La situación político-institucional de 1998-1999

Es indudable que en 1998 nos hallábamos en medio de una grave crisis del sistema político instaurado en 1958. El descrédito de los partidos políticos que habían desempeñado un papel fundamental en el establecimiento de ese sistema y luego se alternaron en el poder era notorio y creciente. La reserva de las principales decisiones sobre

la vida de los respectivos partidos a una élite, cuando no al máximo líder de cada organización (*cogollocracia*), aunada al bloqueo del relevo político y generacional, condujo al anquilosamiento de esos partidos, lo cual inevitablemente trascendió a la institucionalidad democrática, que en buena medida estaba supeditada a sus dictados, incluso en esferas que debían resultarles ajenas, como el Poder Judicial. La descomposición institucional afectó sobre todo al Congreso de la República, al ser normalmente el parlamento u órgano representativo-legislativo nacional el que más sufre las consecuencias de las crisis de las democracias. Desde la sociedad se reclamaba con razón una mayor participación, y era visible el abandono de sectores vulnerables que en su día habían inspirado programas y acciones partidistas, los cuales llegaron a traducirse en significativos logros que no encontraron a tiempo una reproducción.

La necesidad del cambio político y de reformas institucionales era innegable. La Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE) había señalado un camino que solo fue seguido parcialmente, cuyos frutos fueron palpables en el ámbito de la descentralización política. La reforma política fue sin embargo tímida, por un lado, y, por otro, no estuvo acompañada de programas sociales que al menos frenaran la exclusión. Por el contrario, los planes neoliberales aplicados en 1989 profundizaron la brecha que se estaba abriendo entre el pueblo y los gobernantes.

Escaparía a los fines de este estudio una explicación ordenada o sistemática de estas circunstancias y de las correspondientes percepciones sociales. Solo nos interesa constatar que la situación reinante obligaba a un viraje democrático en la dinámica política, destinado a abrir espacios de participación a otros actores, tanto dentro como fuera de los partidos, los cuales debían renovarse; a retomar e intensificar programas de inclusión social; a rescatar la confianza en la institucionalidad, lo que implicaba la salida de los partidos de la administración de justicia, entre otras medidas. Una mirada retrospectiva desde el presente permite aseverar que los cambios finalmente impuestos en el país desde 1999 no han ido en esta dirección. Pero en este punto de la exposición basta con subrayar que buena parte de los electores vio en la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente un principio de solución a esos problemas, lo cual, hasta un cierto punto, era comprensible en el contexto esbozado. Es importante observar cómo se llegó a dicha convocatoria, así como apreciar su significación político-constitucional.

## 2.2. La convocatoria y el funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente

En medio de la crisis de los partidos tradicionales que alcanzaba su auge en 1998 y que afectaba al sistema democrático por ellos sostenido, irrumpió con fuerza la idea de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. La propuesta no era nueva ni provenía exclusivamente de los sectores cercanos al chavismo, pero en manos de Hugo Chávez adquirió un radicalismo y, por eso mismo, una nitidez difícilmente comparables con la de otras versiones. La ruptura con el orden político anterior debía ser, desde la perspectiva del chavismo, abrupta e insuperable, similar, vale decir, a la

pretendida por los revolucionarios franceses mediante la guillotina que defenestraría al monarca y al régimen que representaba. No había transacción o arreglo posible con los adversarios. Algunos sostuvieron, con evidente ingenuidad o cinismo, que los acuerdos con los opositores llegarían después de la culminación de las tareas de dicha Asamblea, lo cual nunca ocurrió.

Las demandas reprimidas de reforma política y social ofrecieron tierra fértil para una tesis transformadora catapultada por la convocatoria del poder constituyente originario, asumido como plenipotenciario. El conflicto que ello suponía entre el orden constitucional entonces vigente y la soberanía popular como soporte de la legitimación política no era casual ni era un costo que habría que pagar en aras del proyecto político emergente; era más bien parte fundamental de la senda rupturista o revolucionaria escogida, lo cual también estaba orientado, como el tiempo lo demostraría, a emplear la Asamblea Nacional Constituyente como herramienta para la rápida demolición del sistema edificado y para construir sobre el terreno allanado un nuevo régimen.

Un elemento esencial de esta estrategia de cambio fue el sistema electoral diseñado para la elección de los integrantes de dicho cuerpo constituyente. Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que avalaron la convocatoria de la asamblea constituyente merced a una apelación directa a la soberanía popular, y la intensidad de los reclamos populares de transformación, dieron a la tesis del poder constituyente originario un respaldo institucional y un vigor político que volcó a los sectores opositores hacia la búsqueda de algunos espacios dentro de este órgano, pero el sistema y la táctica electoral aplicados desde el sector gubernamental fueron una zancadilla que ocasionó la caída de la mayoría de los aspirantes, después de que ellos mismos hubieran contribuido con su participación a la consolidación del proceso. Las reglas electorales plebiscitariamente fijadas permitieron que las fuerzas políticas agrupadas en torno al proyecto chavista consiguieran un 95% de los escaños de la Asamblea Nacional Constituyente, a pesar de que solo contaron con el 62% de los sufragios. Eso favoreció la unilateralidad en la actuación de esta asamblea, lo cual tendría no pocas consecuencias.<sup>1</sup>

Desde su instalación la asamblea mostró toda su virulencia revolucionaria. Inobservando el fallo judicial según el cual el poder que ejercería la Asamblea Nacional Constituyente no podría calificarse de originario, porque durante su funcionamiento ella estaría atada a la Constitución de 1961,<sup>2</sup> el cuerpo constituyente se proclamó originario en su sesión de instalación, animado por discursos altisonantes que evocaban la Revolución Francesa. La Constitución de 1961 se mantendría en vigor en todo aquello que no contrariara los actos que empezaría a dictar la asamblea, los cuales se tradujeron en el cercenamiento de las atribuciones del Congreso de la República y de

<sup>1</sup> Véase Jesús M. Casal H.: "El constitucionalismo venezolano y la Constitución de 1999", en *Revista de la Facultad de Derecho* (UCAB), n.º 56 (2001), pp. 137 ss.

<sup>2</sup> Véase las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Política Administrativa, del 18 de marzo y del 13 de abril de 1999.

autoridades elegidas a nivel regional y local, así como en la intervención en el poder judicial.<sup>3</sup>

El conflicto suscitado con el Congreso, cuyos miembros rehusaron entregar los espacios y atribuciones que constitucionalmente le correspondían, generó un seguimiento informativo nacional e internacional y una reacción de la opinión pública que forzaron una negociación favorecida por los buenos oficios del episcopado venezolano, tras la cual se alcanzó una cohabitación entre los dos órganos, en la que se hizo palpable el declive del Congreso como instancia representativa de la institucionalidad que estaba siendo derribada. La agonía del órgano legislativo ordinario fue coronada por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que declaró la supraconstitucionalidad de los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente, entre los que se encontraba el *Decreto sobre la Regulación de las Funciones del Poder Legislativo*.<sup>4</sup> El Poder Judicial fue sometido a una intervención que se tradujo en suspensiones o destituciones sumarias de jueces, lo cual recibió la cooperación de integrantes de las altas instancias judiciales. De esta forma, los decretos de la Asamblea Nacional Constituyente referidos a la actuación y las competencias de los órganos del poder constituido fungieron de analgésico previo a la ejecución de las instituciones previstas en la Constitución de 1961, algunos de cuyos miembros lograron sobrevivir al relevo político en ciernes.

Se ha escrito bastante y con acierto sobre el debate jurídico que rodeó la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente y sobre el desarrollo ulterior del proceso.<sup>5</sup> Conviene no obstante detenerse en dos aspectos medulares en el análisis jurídico-constitucional de tal convocatoria y del funcionamiento de esa asamblea: el abandono temporal o eclipse del Estado de derecho que se produjo y la vulneración que se profirió contra la Constitución naciente.

### 2.2.1. *Abandono del Estado de derecho*

La primera víctima del proceso constituyente de 1999 fue el principio del Estado de derecho. La Constitución limita a los poderes públicos pero también debe ser respetada por el pueblo. El pueblo hace la Constitución, por medio de representantes o delegatorios elegidos y, frecuentemente, mediante la aprobación o ratificación por referendo del texto constitucional, pero ello no implica que pueda ignorarla. Durante

<sup>3</sup> Véase el Decreto de Reorganización de todos los Órganos del Poder Público (12 de agosto de 1999, publicado en la *Gaceta Oficial* n.º 36.764, del 13 de agosto); el Decreto sobre la Regulación de las Funciones del Poder Legislativo (25 de agosto de 1999, publicado en la *Gaceta Oficial* n.º 36.772, del 25 de agosto, reformado el 30 de agosto (*Gaceta Oficial* n.º 36.776, del 31 de agosto), y el Decreto sobre la Reorganización del Poder Judicial (19 de agosto de 1999, publicado, después de una reimpresión por error de copia, en la *Gaceta Oficial* n.º 36.782, del 8 de septiembre).

<sup>4</sup> Publicado en la *Gaceta Oficial* n.º 36.772, del 25 de agosto, reformado el 30 de agosto, según *Gaceta Oficial* n.º 36.776, del 31 de agosto.

<sup>5</sup> Véase, entre otros autores, Allan Brewer-Carías: “El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 3, 1999; Lolymar Hernández Camargo: *El proceso constituyente venezolano de 1999*, Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008.

la vigencia de una Constitución el pueblo está sujeto a sus preceptos, y las formas de participación política que ella pueda establecer han de ejercerse en conformidad con el ordenamiento jurídico. El punto crítico de las relaciones entre el Estado de derecho y la soberanía popular puede sin embargo suscitarse al activarse el poder constituyente del pueblo.

Por lo general las Constituciones no prevén su sustitución por otra emanada de una asamblea constituyente, sino que tienden a reservar a las instancias democráticas instituidas la adopción de enmiendas o de reformas parciales o generales a la Constitución, sin perjuicio de una intervención final del pueblo mediante referendo. Pero en circunstancias extremas de deslegitimación o descomposición de un orden político-constitucional es posible que tales cauces institucionales normativamente instaurados para la modificación de la Constitución no puedan canalizar las exigencias mayoritarias, ante lo cual no es descartable que se acuda a una invocación del poder constituyente originario y al despliegue de su fuerza política y jurídica demiúrgica.

En términos de la teoría y práctica constitucional cabe afirmar que la competencia de revisión constitucional encomendada a determinados órganos, normalmente al parlamento, no es apropiada para satisfacer el requerimiento de crear una Constitución enteramente nueva, cuya elaboración corresponde al pueblo en ejercicio del poder constituyente. Si la Constitución vigente no permite la activación por el pueblo de este poder o si solo la autoriza en condiciones formales que no están en consonancia con las aspiraciones mayoritarias, surge un conflicto entre la soberanía popular y la normatividad en vigor. Ello fue certeramente advertido por Loewenstein:

Como una necesaria válvula de escape, la revisión total no puede ser criticada teóricamente; pero su valor práctico puede ser pequeño. Si el descontento de los destinatarios del poder con su constitución está tan extendido que aspiran a una transformación radical, o —el caso más frecuente— si un grupo desea apoderarse del poder, pero se siente impedido por el procedimiento de reforma en vigor, suele producirse, por lo general, un golpe constitucional revolucionario.<sup>6</sup>

En realidad, la posibilidad de una revisión constitucional total encomendada al poder constituido sí ha sido objeto de fundadas críticas teóricas, en las que no nos detendremos.<sup>7</sup> Interesa ahora apuntar que, según la opinión dominante en la teoría constitucional, el poder constituyente del pueblo no desaparece ni queda irremediablemente encadenado una vez que es ejercido al aprobarse la Constitución. Permanece más bien en estado de letargo o latencia y puede aflorar cuando el pueblo lo determine. La Constitución en vigor no podría proscribir su invocación, lo cual en la mayoría de las concepciones se fundamenta en postulados democráticos y en el carácter político, previo al derecho e independiente del poder constituyente respecto de la

<sup>6</sup> Karl Loewenstein: *Teoría de la Constitución*, Barcelona: Ariel, 1986, p. 185.

<sup>7</sup> Véase Pedro de Vega: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid: Tecnos, 1999, pp. 77 ss.; de Carlos Cabo Martín: *La Reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*, Madrid: Trotta, 2003, pp. 27 ss.

normatividad constitucional existente al momento de su irrupción.<sup>8</sup> En sentido contrario se ha afirmado que el pueblo quedaría autolimitado por las disposiciones que él mismo ha dictado al elaborar la Constitución, incluyendo a las normas referidas a su reforma.<sup>9</sup> No sería pertinente abordar aquí estas y otras teorías destinadas a explicar la naturaleza y el alcance del poder constituyente. Sí es importante advertir que la primera concepción, en sus versiones más radicales, no está en capacidad de canalizar adecuadamente la aludida tensión entre el Estado de derecho y la soberanía popular, pues sacrifica a aquel en beneficio de esta.

La exigencia de respetar el Estado de derecho no solo rige en los supuestos en los que se hace uso de la competencia de revisión de la Constitución, sino también es relevante cuando el pueblo pretende elaborar una nueva Constitución. Sin embargo, desde postulados político-decisionistas lo importante sería lo que el pueblo, es decir, una porción mayoritaria del electorado, determine en cada ocasión en cuanto al *si* y al *cómo* de la manifestación del poder constituyente.<sup>10</sup> Obsérvese que, aun en los casos de ordenamientos que han previsto una asamblea constituyente como mecanismo para la aprobación de una nueva Constitución, podría sostenerse, sobre estas premisas, que dicha regulación deja incólume la facultad del pueblo de optar por una expresión del poder constituyente no coincidente con los procedimientos o parámetros fijados en la Constitución. El asunto adquiere especial calado si se llega a sostener, en conformidad con algunas versiones de la tesis esbozada, que la irrupción del poder constituyente, como poder libre de vínculos jurídico-positivos, no es un hecho revolucionario, es decir, un quiebre del orden constitucional instaurado, sino un momento singular pero natural o incluso regular dentro de la dinámica del orden jurídico.

Nótese que conforme a los postulados decisionistas enunciados la tensión latente en la concepción del poder constituyente no solo estaría referida a la supremacía constitucional, por un lado, y a la soberanía popular, por el otro, sino más bien a esta última y al Estado de derecho globalmente considerado, pues se estaría admitiendo que hay una fase normal o regular dentro de la evolución del Estado en la cual el derecho quedaría, al menos en parte, silenciado o desplazado, y en la cual la política, a través de la voluntad de la mayoría, se impondría a las consideraciones normativas, y es posible que en acatamiento a dicha voluntad llegue a reemplazarse la ordenación del Estado de acuerdo con la separación de poderes por una concentración de estos en una asamblea constituyente.

Es obvio que diversos acontecimientos políticos pueden provocar la caída de un régimen y de la Constitución que le servía de soporte. Igualmente, es posible que una nueva Constitución originada en circunstancias de esa índole alcance legitimidad política, aun cuando el poder constituyente haya sido ejercido al margen de lo dispuesto

<sup>8</sup> Véase Jorge Vanossi: *Teoría constitucional I (Teoría constituyente)*, Buenos Aires: Depalma, 1975, pp. 123 ss.

<sup>9</sup> Martin Kriele: "Das demokratische Prinzip im Grundgesetz", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 29, Berlín-Nueva York: Walter de Gruyter, 1971, pp. 49 ss.

<sup>10</sup> Véase Vanossi: o. cit., pp. 39 ss.

en la normatividad constitucional precedente. Ninguna Constitución puede impedir que ello ocurra, pues en cuanto norma jurídica pretende establecer un deber ser y no predetermina el curso de los acontecimientos históricos. No obstante, una cosa es admitir los límites del derecho frente a la realidad histórico-política y otra muy distinta es afirmar que, sin vulnerar el orden constitucional en vigor, es lícito prescindir de lo normativamente ordenado para favorecer la activación del poder constituyente, en los términos y modalidades que una porción mayoritaria del electorado estime convenientes.

El proceso constituyente venezolano de 1998-99 es un buen ejemplo de ese conflicto potencial entre Estado de derecho y soberanía popular y, al mismo tiempo, muestra de omisiones y excesos difíciles de justificar. Cuando se discutía en 1998-99 sobre la posibilidad de reformar la Constitución de 1961 para incluir en ella la figura de la asamblea constituyente, lo cual ya había sido propuesto sin éxito en 1992, la Corte Suprema de Justicia abrió las puertas a la celebración de un referendo con efectos vinculantes para consultar al pueblo sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente; ello con apoyo, entre otros argumentos, en el carácter “soberano, previo y total” del poder constituyente, en su naturaleza “de poder soberano, ilimitado y principalmente originario” o en sus facultades absolutas e ilimitadas, lo cual, a juicio de la Corte, impedía que la Constitución vigente vedara su activación.<sup>11</sup>

Con razón se ha puesto de relieve la perplejidad que ocasiona escuchar esta aseveración en boca de un órgano creado por la Constitución para su propia defensa y que fuera de ella carece de sustento jurídico.<sup>12</sup> Aparentemente el máximo tribunal intentaba tender puentes entre el orden constitucional que languidecía y el emergente, para no colocar un dique que desembocara en una ruptura abierta de consecuencias impredecibles. Pero la forma en que abordó el problema jurídico planteado, al disolverlo, en lugar de resolverlo, con el fluido abrasivo de la omnipotencia política, socavó los propios fundamentos de su actuación contralora y anticipó la caída de la Constitución vigente. En ningún caso una instancia jurisdiccional puede afirmar que algún poder sea total, absoluto o ilimitado a causa de su preestatalidad. Aunque a nuestro juicio el problema reside no solo en la condición y las coordenadas institucionales del órgano autor de tal afirmación, sino también en la función del derecho en un Estado de tal signo, en el que todo poder jurídico es por definición limitado.<sup>13</sup> Aquel poder que acaso sea ilimitado en términos políticos no puede tener cabida con tales prerrogativas en un tribunal ni en el Estado de derecho, mucho menos recibir de estos una bendición jurídica, suerte de genuflexión del derecho ante la política. Una

<sup>11</sup> Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 19 de enero de 1999.

<sup>12</sup> Cf. Eduardo Piacenza: “Sobre el uso de la noción de poder constituyente originario en el fallo n.º 17 del 19/01/1999 de la CSJ: algunos materiales para su discusión académica”, en *Crisis y acción política*, Carabobo: Universidad de Carabobo, 2000, pp. 160 ss.

<sup>13</sup> Véanse las observaciones al respecto formuladas en medio del debate sobre la convocatoria de una asamblea constituyente en Jesús M. Casal H.: “Reflexiones sobre la Asamblea y el Poder Constituyente”, en *Constituyente: aportes al debate*, Caracas: COPRE, 1998, pp. 3 ss.

Constitución no puede impedir o descartar que el poder constituyente se manifieste de manera revolucionaria, pero sí puede aspirar a encauzar el cambio constitucional.

Pedro de Vega, cuyo pensamiento sobre el poder constituyente fue invocado como sustento por la sentencia citada de la Corte Suprema de Justicia, ha identificado con claridad el ámbito en el que ha solido predicarse el carácter irrefrenable del poder constituyente:

[...] el poder constituyente, como fuerza externa al sistema, permanece indemne en toda su pujanza. Al poder constituyente le corresponderá siempre la posibilidad de reformar la Constitución existente o la de establecer una nueva, pero su actuación no podrá explicarse en términos jurídicos, sino por las vías de hecho. La distancia que media entre la actuación del poder de reforma y el poder constituyente es, como ya dijimos, la que separa la acción legal de la revolución.<sup>14</sup>

El carácter previo, total o ilimitado que a menudo es atribuido al poder constituyente solo puede explicarse desde esta óptica política o fáctica, no desde la jurídica. No descartamos que una interpretación basada en los principios estructurales o básicos de un orden constitucional pueda justificar jurídicamente, con una Constitución que no prevea una asamblea constituyente, la activación del poder constituyente del pueblo, especialmente en los supuestos en los que dicho texto no contemple la iniciativa y el referendo popular en los procedimientos de cambio constitucional, pero en tales casos el derecho tendría que ser *ab initio* el fundamento y el límite del proceso constituyente.

Si la opinión prevaleciente en el alto tribunal hubiera sido la de permitir, con base en una interpretación (jurídica) de la Constitución de 1961, la celebración del referendo sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, sus mayores esfuerzos dogmáticos habrían debido estar orientados, desde el comienzo, a subrayar la fundamentación jurídica de la consulta y de la eventual convocatoria de la asamblea constituyente, así como las limitaciones que a estas y a la propia asamblea imponían principios contenidos en dicha Constitución. Esta vía argumental era posible, desde un razonamiento apoyado no tanto en la letra o texto constitucional, que circunscribía la participación política a la elección de los representantes ante los órganos constituidos y que nada decía sobre una asamblea constituyente y sus límites, sino en los principios básicos del orden constitucional entonces vigente, entre los cuales se encontraban la soberanía popular y el Estado de derecho, así como una comprensión de la democracia en la cual la representación proporcional ocupaba una posición capital. En lugar de cruzar el puente constituyente de la mano del derecho, la Corte se hizo eco de visiones político-decisionistas corrosivas del orden jurídico que luego, tardíamente, intentaría preservar.

Ni siquiera acotó el pronunciamiento judicial que, de acuerdo con el pensamiento fundacional de Sieyès sobre el poder constituyente, su carácter ilimitado se referiría

<sup>14</sup> De Vega: o. cit., pp. 238-239.

únicamente a la libertad del cuerpo constituyente para definir la forma política de una nación, por cuanto aquel no se encontraría atado al modelo constitucional establecido al aflorar dicho poder, sino solo al derecho natural. Sieyès nunca pensó en la actuación de una instancia plenipotenciaria facultada para concentrar todas las funciones públicas o menoscabar o cercenar desde su instalación el funcionamiento de los órganos del Estado.<sup>15</sup> La sentencia tampoco hizo mención a los derechos humanos como la versión contemporánea del derecho natural invocado por Sieyès, ni al derecho internacional público en general como barrera que ningún poder del Estado, ni siquiera en la etapa constituyente, puede desconocer, y aquí ocupan una posición especial las normas de *ius cogens*. Las bases comiciales aprobadas mayoritariamente mediante referendo en abril de 1999 aludieron a estas limitaciones, pero ello podría no haber sucedido y el papel de la justicia constitucional debía ser el de advertir sobre la existencia de estas, que tienen un valor objetivo y no dependen de la voluntad de la mayoría.

La aceptación jurisprudencial de una invocación directa del poder constituyente del pueblo solo hubiera sido lícita desde la Constitución, no desde la política. Solo así podía ella mantener su supremacía respecto de la consulta popular sobre la convocatoria de una asamblea constituyente, así como respecto del sistema electoral aplicable y del funcionamiento de dicha instancia. Sin embargo, en la sentencia citada los argumentos jurídicos fueron aderezos de una tesis de fondo de índole política, entendiendo esta expresión en sentido científico. El desgarré jurídico que el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia comportaba era de tal magnitud que no fue posible remendarlo luego cuando el mismo tribunal pretendió someter al poder constituyente en gestación a la Constitución de 1961, negándole su naturaleza originaria. Lo que vino después es conocido. La Asamblea Nacional Constituyente se proclamó originaria y se consideró facultada para invadir la esfera de atribuciones de los órganos constituidos, lo cual comportaba una degradación de la Constitución vigente, del principio de la separación de poderes y, a la postre, de la idea de la limitación jurídica del poder inherentes al Estado de derecho.

### 2.2.2. *El sacrificio de la Constitución naciente*

Orlando Tovar subrayó, con motivo de la promulgación de la Constitución de 1961, que contó con el voto favorable de las distintas organizaciones políticas, sin perjuicio de las salvedades expresadas por algunas de ellas, la lamentable circunstancia de que el mismo día de su publicación y entrada en vigor se hubiese decretado la suspensión de varias de las garantías individuales allí consagradas, con lo cual se colocaba al lado de la Constitución naciente una “urnita” representativa de la limitada voluntad de dar cabal cumplimiento a esa norma suprema. Algo similar, aunque en realidad más

<sup>15</sup> Cf. E. Sieyès: *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, Madrid: Alianza, 1989, p 151. Cf. también, del mismo autor, “Reconocimiento y exposición razonada (presentada ante el comité de Constitución de la Asamblea Nacional los días 20 y 21 de julio de 1789)”, en Carlos Sánchez Viamonte: *Los derechos del hombre en la Revolución Francesa*, México: UNAM, 1956, p 121.

grave, ocurrió cuando la Asamblea Nacional Constituyente procedió a dictar, el 28 de diciembre de 1999, el *Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público*,<sup>16</sup> en el cual se designó a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y a los titulares de los órganos del Poder Ciudadano (fiscal general de la República, contralor general de la República y defensor del Pueblo).

Estos nombramientos se efectuaron de manera inconsulta, opaca y precipitada, ante la inminente entrada en vigor de una Constitución en la que deliberadamente no se incluyeron todas las disposiciones transitorias que exigía la sucesión de un orden constitucional por otro. Las disposiciones transitorias de la Constitución deberían haber regulado todas las situaciones relativas a dicha sucesión, pues de esta forma el pueblo hubiera tenido la oportunidad de pronunciarse sobre su contenido y habría quedado a salvo la supremacía constitucional. Pero se optó por el atajo de dictar, en el interregno entre la aprobación popular de la Constitución y su promulgación, un régimen de transición definido a espaldas del pueblo y lesivo de valores fundamentales de la nueva Constitución, como el principio y el derecho de participación política. La necesidad de asegurar la transición entre uno y otro orden constitucional, entre la antigua Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Supremo de Justicia, o entre la Fiscalía General de la República, la Contraloría General de la República y los órganos homólogos de la Constitución de 1999, no era una excusa válida para desconocer los principios de la Constitución recién aprobada en referendo, pues habría sido posible incluir en las disposiciones constitucionales transitorias la base normativa para que la Asamblea Nacional Constituyente adelantara durante el mes de enero, en el que esta continuó sesionado, un proceso de consulta a la ciudadanía sobre algunas designaciones provisionales, las cuales habrían quedado sin efecto una vez que la Asamblea Nacional prevista en el nuevo texto se hubiera instalado y hubiera dictado, con estricto apego a la Constitución, las normas legales referidas a la designación de tales autoridades.

Tal designación de las altas autoridades judiciales y contraloras del país, llevada a cabo merced a triquiñuelas pseudojurídicas y al margen de la voluntad popular y de la participación ciudadana, representó un condicionamiento anticipado de la fuerza normativa de la Constitución de 1999. Este pecado original tendría consecuencias devastadoras sobre el desarrollo posterior de la institucionalidad establecida en la Constitución, pues las posteriores ratificaciones o designaciones de los más altos funcionarios del Poder Judicial o del Poder Ciudadano también han estado contaminadas, como enseguida veremos, por el propósito de soslayar la normatividad constitucional y de acudir a actos formales de puro revestimiento jurídico para satisfacer intereses políticos coyunturales. Los abusos a que dio lugar el régimen de transición han afectado igualmente al Poder Judicial en su conjunto.

<sup>16</sup> *Gaceta Oficial* n.º 36.859, del 29 de diciembre de 1999.

### 2.2.2.1. *La perversión del régimen de transición y la purga dentro del Tribunal Supremo de Justicia y del Poder Ciudadano*

Hemos señalado que el *Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público* quebrantó la fuerza normativa y los principios fundamentales de la Constitución de 1999. Pero lo que ahora interesa destacar es que ni siquiera la lógica interna de este régimen fue respetada. Las designaciones realizadas de acuerdo con dicho decreto tenían carácter provisional, pues pretendían justificarse en la ausencia de una Asamblea Nacional que asumiera esta tarea. Tan pronto esta instancia fuese elegida y fuesen dictadas las leyes que permitiesen seleccionar de acuerdo a los procedimientos constitucionales a las altas magistraturas mencionadas, la provisionalidad debía cesar para dar paso a designaciones definitivas.

Sin embargo, la Asamblea Nacional, ya en funcionamiento, no acometió la elaboración y sanción de las leyes relativas al Poder Ciudadano y al Tribunal Supremo de Justicia, las cuales debían desarrollar el procedimiento participativo de escogencia de aspirantes constitucionalmente propugnado, sino que procedió a idear un trámite abreviado que hiciera posible la ratificación o sustitución, sin muchas complicaciones, de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia o de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano. A estos efectos dictó la *Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios o Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el Primer Periodo Constitucional*.<sup>17</sup> Los magistrados que habían salvado su voto en el caso *Micabú* no estuvieron entre los ratificados, como tampoco el fiscal general de la República, Javier Elechiguerra, quien había interpuesto el correspondiente antejuicio de mérito, ni la defensora del Pueblo, Dilia Parra, quien había interpuesto una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la ley citada. Tampoco el magistrado Moisés Troconis, quien discrepó parcialmente de la sentencia que liberó a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia que aspiraban a la ratificación de las exigencias constitucionales para integrarlo, pudo permanecer en dicho tribunal. Recuérdese que los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia que aspiraron a la ratificación gozaron del privilegio de no quedar sujetos al examen del cumplimiento de los requisitos constitucionales, en virtud de una decisión judicial adoptada por quienes en principio debían someterse a tal revisión.<sup>18</sup>

El ardid jurídico que hizo posible esta purga en el Tribunal Supremo de Justicia y en el Poder Ciudadano fue respaldado por algunos de los partidos que hoy adversan al gobierno de Chávez, como el MAS, AD y Proyecto Venezuela. El régimen imperante, con el apoyo de aliados convencidos u ocasionales, optaba así de manera resuelta por la senda de la manipulación de la constitucionalidad y de la legalidad que ya estaba prefigurada en las designaciones efectuadas por la Asamblea Nacional Constituyente. De esta forma la Asamblea Nacional procedió a entronizar la transición, como entonces lo denunciarnos, mediante una violación abierta de la Constitución. La Asamblea

<sup>17</sup> *Gaceta Oficial* n.º 37.077, del 14 de noviembre del 2000.

<sup>18</sup> Sentencia de la Sala Constitucional 1562/2000, del 12 de diciembre.

Nacional no podía invocar su propia torpeza, negligencia o demora en relación con la sanción de las leyes referidas al Tribunal Supremo de Justicia y al Poder Ciudadano para justificar la aprobación de una ley especial (*ad hoc*) contraria a las disposiciones constitucionales. Al hacerlo vulneraba tanto las normas de la Constitución relativas a los respectivos procedimientos de selección, que no fueron observadas, como el propio régimen de transición del poder público, que no autorizaba ni una transición dentro de la transición, ni una perpetuación de esta, como ocurrió merced a esta ley especial de diciembre del 2000. Lo más sorprendente fue que la Asamblea Nacional, exhibiendo habilidades de alquimista, usó la lógica de la transición para obtener designaciones definitivas. En el fondo, este modo de proceder estaba ínsito en la corriente constituyente que, desde inicios de 1999 y sobre todo al instalarse la Asamblea Nacional Constituyente, había desbordado todo cauce jurídico.

### 2.2.2.2. *El régimen de transición y el Poder Judicial*

Pese a las bondades de la Constitución de 1999 en materia de justicia, desde ese mismo año se adelantó una ocupación política del Poder Judicial de efectos devastadores.

Tras la discutible decisión de la Asamblea Nacional Constituyente mediante la cual se proclamó originaria, ella se consideró facultada para dictar decretos que afectaran el funcionamiento de los poderes constituidos, lo cual implicó que el Poder Legislativo y el Poder Judicial vieran menoscabado su respectivo ámbito constitucional de atribuciones.<sup>19</sup> Tal determinación de la Asamblea no era compatible con la citada sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, que había ordenado suprimir de las bases comiciales sobre la Asamblea Nacional Constituyente, que serían sometidas a consulta popular, la alusión al carácter originario del poder que ostentaría dicho cuerpo, pues este quedaría sujeto, durante su funcionamiento, a la Constitución de 1961, entonces vigente, hasta la eventual aprobación de una nueva Constitución.<sup>20</sup> Dichos decretos cercenaban potestades del Congreso de la República y del Consejo de la Judicatura previstas en esa Constitución, lo cual recibiría posteriormente el aval de la propia Corte Suprema de Justicia, ahora en Sala Plena, la cual se apoyaría en la argumentación hilvanada en la decisión de la Sala Político Administrativa del 19 de enero de 1999.<sup>21</sup>

En materia judicial fueron dictados decretos de emergencia y reestructuración judicial que permitieron acordar, sin base en criterios razonables, la inmediata suspensión de muchos jueces de la República. Se creó con carácter provisional una Comisión

<sup>19</sup> Véase el Decreto de Reorganización de todos los Órganos del Poder Público (12 de agosto de 1999, publicado en la *Gaceta Oficial* n.º 36.764, del 13 de agosto); el Decreto sobre la Regulación de las funciones del Poder Legislativo (25 de agosto de 1999, publicado en la *Gaceta Oficial* n.º 36.772, del 25 de agosto, reformado el 30 de agosto, en la *Gaceta Oficial* n.º 36.776, del 31 de agosto); y el Decreto sobre la Reorganización del Poder Judicial (19 de agosto de 1999, publicado, después de una reimpresión por error de copia, en la *Gaceta Oficial* n.º 36.782, del 8 de septiembre).

<sup>20</sup> Véanse las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, del 18 de marzo y del 13 de abril de 1999.

<sup>21</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, del 14 de octubre de 1999.

de Emergencia Judicial, luego sustituida por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. La provisionalidad de esta instancia ha sido desmentida por los hechos, pues ella aún se desempeña como el órgano encargado de la función disciplinaria respecto de los jueces de la República, ante la falta de instauración de los tribunales disciplinarios previstos en la Constitución (artículo 267). De ahí que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declarara la inconstitucionalidad por omisión en que había incurrido la Asamblea Nacional al no haber sancionado el Código de Ética del juez o jueza que debía regular esa jurisdicción.<sup>22</sup>

La actuación de dicha Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial en el campo disciplinario judicial no tenía fundamento alguno en la Constitución aprobada por el pueblo mediante referendo en diciembre de 1999, sino que se apoyaba en el *Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público*. Las Disposiciones Transitorias de la Constitución solo preveían la intervención de tal Comisión en el sector de la defensa pública, hasta que se dictara la ley orgánica respectiva (disposición transitoria cuarta, numeral 5). No obstante, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sostenido que los decretos de transición aprobados por la Asamblea Nacional Constituyente son válidos y tienen rango constitucional, aunque su vigencia es provisional; pero la mayor fragilidad jurídica de este régimen de transición radica justamente en que, sobre todo en el campo de la justicia, este tiende a perpetuarse. Pese a haber transcurrido casi diez años desde la entrada en vigor de la Constitución de 1999, la citada Comisión sigue en funcionamiento, sin que para ello pueda invocarse una justificación aceptable.

La existencia de un régimen de transición en relación con la función disciplinaria judicial, que ha debido en todo caso ser incluido en las disposiciones transitorias de la Constitución y ofrecer garantías de independencia e imparcialidad, solo podía justificarse hasta la elección de los integrantes e instalación de la Asamblea Nacional, a la que cabía otorgar un tiempo prudencial para dictar las correspondientes normas disciplinarias y de organización judicial. Dicho lapso fue fijado por la propia Constitución, en lo que atañe a toda la legislación referida al sistema judicial: un año contado a partir de la instalación de la Asamblea Nacional, que obviamente ha sido sobrepasado (disposición transitoria cuarta, numeral 5). Recientemente ha sido promulgado el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana, casi al cumplirse una década desde la promulgación de la Constitución.

Es digna de mención la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia por la cual, al admitir un recurso de inconstitucionalidad por omisión interpuesto contra la Asamblea Nacional por no haber sido sancionado el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, dicha Sala procedió a renovar los integrantes de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, que habían sido designados por la Asamblea Nacional Constituyente “hasta el funcionamiento efectivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, de los Tribunales Disciplinarios y del Sistema Autónomo de la Defensa Pública” (artículo 28 del Decreto

<sup>22</sup> Sentencia de la Sala Constitucional 1.048/2006, del 18 de mayo.

sobre el Régimen de Transición del Poder Público).<sup>23</sup> En lo que concierne al ejercicio de la función disciplinaria judicial, lo relevante es que la ausencia de los tribunales disciplinarios no fue obstáculo para que la Sala Constitucional resolviera reemplazar a los integrantes de dicho cuerpo, sin dar razón alguna referida al desempeño de quienes ocupaban tales cargos por decisión de la Asamblea Nacional Constituyente, lo que conduce a sostener que los integrantes de tal Comisión carecían de la estabilidad necesaria para ejercer la delicada función de pronunciarse sobre las posibles faltas disciplinarias de los jueces de la República.<sup>24</sup> Con posterioridad a esa primera renovación, la misma Sala Constitucional ha efectuado otras designaciones, en virtud de la renuncia de los titulares de tales cargos.

De esta forma, el argumento de la transición constitucional ha sido uno de los obstáculos más serios para la efectiva vigencia de las previsiones constitucionales en el ámbito de la justicia. El contenido de las normas constitucionales sobre la materia es, en términos generales, adecuado y procura asegurar la independencia judicial, pero la excesiva prolongación de la transición y la manera en que se ha abusado de ella ha ido en detrimento de la fuerza normativa de la Constitución. Algunos de los episodios institucionales mencionados hacen pensar que la transición se ha alimentado de sí misma y ha generado círculos viciosos de autojustificación y fractura jurídica.

El soslayamiento de la plena vigencia de la Constitución derivado de la utilización y perpetuación del régimen de transición de los poderes públicos ha repercutido negativamente en la independencia judicial, porque la mayoría de los jueces de la República han estado desprovistos, durante un largo periodo, de estabilidad en sus cargos y su nombramiento no se ha originado en procedimientos transparentes que ofrezcan objetividad en cuanto a los criterios de selección. Muchas de las remociones (explícitas o encubiertas) adoptadas han estado probablemente relacionadas con móviles políticos.<sup>25</sup>

Este aspecto del régimen del Poder Judicial, relativo al nombramiento y la remoción de los jueces, requiere de una exposición particular. Aquí ha jugado un papel no despreciable, como dijimos, la llamada *transición constitucional*, aunque también han confluído otros factores.

En lo que atañe al nombramiento de los jueces, este corresponde formalmente al Tribunal Supremo de Justicia, así como su juramentación (artículo 255 de la Constitución). Han sido fundamentalmente dos las vías que se han seguido para la selección de los jueces que luego reciben tal nombramiento. Si se ha organizado un

<sup>23</sup> Sentencia de la Sala Constitucional 1.057/2005, del 1 de junio.

<sup>24</sup> Véase la importante sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el caso *Apitz Barbera y otros* ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, sentencia de 5 de agosto de 2008, serie C, n.º 182, Véase igualmente la declaración que presenté, como perito propuesto por la Comisión Interamericana, ante la Corte Interamericana en el citado caso, publicada en Jesús M. Casal H.: *Los derechos humanos y su protección*, Caracas: UCAB, 2008.

<sup>25</sup> Véanse, entre otros, los informes anuales de PROVEA sobre la *Situación de los derechos humanos en Venezuela* correspondientes a octubre 2003-septiembre 2004, pp. 375 ss., y a octubre 2004-septiembre 2005, pp. 351 ss., así como el informe de Human Rights Watch *Manipulando el Estado de Derecho: Independencia del Poder Judicial amenazada en Venezuela*, cap. V, 2004.

concurso para el ingreso, la persona o las personas favorecidas por el concurso se hacen merecedoras de la designación. Mientras los concursos no se efectúan, suele acudir a nombramientos con carácter temporal o provisorio. No obstante, el tratamiento de esta materia no ha sido uniforme a lo largo de los casi diez años de vigencia de la Constitución.

En una primera etapa, que va desde la entrada en vigor de la Constitución hasta el año 2002, se programaron y llevaron a cabo concursos de oposición para el ingreso en la carrera judicial, con base en normas dictadas por la mencionada Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (*Normas de evaluación y concursos de oposición para el ingreso y permanencia en el Poder Judicial*). El régimen establecido en estas normas tenía dos componentes: la evaluación de los jueces y el concurso. Los jueces de la República debían ser evaluados en su desempeño, conforme a criterios fijados en tales normas. Si el resultado de la evaluación era positivo, el juez era ratificado en su cargo, cuando se tratara de jueces titulares, que ya hubieran concursado durante la vigencia de la Constitución anterior; cuando el juez tuviera carácter provisorio, por no haber concursado, la evaluación positiva lo habilitaba para participar en el concurso. Los concursos de oposición también estaban regulados en dichas normas, y fueron organizados con participación de diversos sectores del país, incluyendo a profesores de universidades públicas y privadas.

Desde el año 2003 tales concursos fueron suspendidos, lo que frenó el proceso de regularización de la situación de la judicatura que, de manera lenta pero aceptable a la luz de los principios constitucionales, se adelantaba, lo cual condujo a que durante varios años se mantuviera en el país una proporción cercana al 80% de jueces en calidad de provisorios. El carácter provisorio (o temporal) de los jueces implica, según la jurisprudencia todavía imperante, que carecen de estabilidad en sus cargos y que para separarlos de estos no es imprescindible la apertura de un procedimiento previo que garantice el derecho a la defensa, como tampoco lo es comprobar que han incurrido en falta disciplinaria. Se impuso la práctica, amparada por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, de dirigir un oficio, a menudo por vía de fax, a los jueces, indicando que su nombramiento ha quedado “sin efecto”. Esta libertad para pronunciarse sobre la remoción del juez provisorio también ha imperado para su designación.

Desde mediados del 2005 el Tribunal Supremo de Justicia procuró reiniciar los concursos para el ingreso al Poder Judicial, rediseñándolos y sometiénolos a nuevas normas. Varios sectores han denunciado que este proceso no ha estado acompañado de la participación ciudadana exigida por la Constitución (artículo 255) ni se ha distinguido por la debida transparencia y apego a las normas constitucionales.<sup>26</sup> Es discutible, igualmente, que los nuevos procedimientos de ingreso, tal como han sido regulados y aplicados, representen verdaderos concursos de oposición públicos, de

<sup>26</sup> Véanse, entre otros, los informes anuales de PROVEA sobre la *Situación de los derechos humanos en Venezuela* correspondientes a octubre 2005-septiembre 2006, pp. 267 ss.; octubre 2006-septiembre 2007, pp. 273-274, y octubre 2007-septiembre 2008, pp. 263 ss.; así como el informe de la Fundación Konrad Adenauer *Rule of Law*, 2006, pp. 297 ss.).

acuerdo con lo requerido constitucionalmente, ya que la posibilidad de concurrir ha estado circunscrita, en relación con un elevado número de tribunales, a los propios jueces, generalmente provisorios —cuya forma de ingreso ya destacamos—, asemejándose los llamados concursos a un procedimiento de evaluación y confirmación del juez en su cargo. En todo caso, esta vía de ingreso ha sido implementada con cierta celeridad, lo cual se ha traducido en una reducción del número de jueces provisorios, sin que ello signifique, por las razones señaladas, que los problemas relativos a la reducida independencia del Poder Judicial y a la limitada autonomía del juez hayan sido atendidos adecuadamente.

En lo que respecta a la destitución o remoción de los jueces, la Constitución exige el establecimiento de un orden jurisdiccional especial, la jurisdicción disciplinaria judicial. En ausencia de esta, y con base en el régimen de transición, esas funciones disciplinarias han sido asumidas por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. No obstante, como ya apuntamos, en paralelo a esta forma de sanción y eventual separación de un juez de su cargo, se ha acudido a la vía expedita, e inconstitucional (véanse los artículos 255 y 49 de la Constitución), de dejar sin efecto la designación de los jueces provisorios, mediante decisiones carentes de motivación, adoptadas generalmente por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, que no posee competencia en materia disciplinaria judicial. Ello ha conducido a una situación de enorme vulnerabilidad de los jueces frente a presiones de diversa índole.

Esta vulnerabilidad ha alcanzado a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, como lo demuestra la remoción del magistrado Franklin Arrieche mediante el subterfugio de la declaratoria de la nulidad de su designación, la cual respondió a las críticas que suscitó en las más altas esferas de los poderes Ejecutivo y Legislativo la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia relativa a los acontecimientos del 11 de abril de 2002, de la que él fue ponente. El argumento formal invocado para declarar tal nulidad fue la supuesta falsedad en que habría incurrido dicho magistrado en relación con el cumplimiento de uno de los requisitos constitucionalmente exigidos para ocupar ese cargo, ello a pesar de que la Sala Constitucional había establecido, en sentencia ya citada, que los magistrados elegidos por la Asamblea Nacional Constituyente no tenían que demostrar la satisfacción de esas exigencias. De esta forma se confirma que la transición fue administrada en un sentido u otro según los intereses de los máximos detentadores del poder.

### **3. Los obstáculos o resistencias al pleno despliegue de la fuerza normativa de la Constitución tras la operación constituyente y el papel de la Sala Constitucional**

#### **3.1. Dificultades para encauzar jurídicamente la dinámica política**

Una vez que el pueblo aprobó mediante referendo la nueva Constitución, cabía pensar que se retomaría, incluso con más rigor, el hilo de la juridicidad y que el Estado de derecho, nunca realizado del todo en nuestra Venezuela, haría valer nuevamente

su pretensión de validez. Sin embargo, lo antes relatado pone de manifiesto que la desviación de la juridicidad que implicó la operación constituyente de 1999 no fue superada entonces y en buena medida pervive hasta el presente.

Múltiples causas pueden explicar la débil incidencia del derecho en el ciclo político iniciado a finales de 1998. No entraremos aquí a discutir si la dislocación de las vértebras constitucionales iniciada en 1999 fue o no deliberada. Pensamos que al menos para muchos de los actores que originalmente respaldaron al presidente Chávez no lo fue. En todo caso, en este trabajo lo que interesa señalar es que una de esas causas ha sido la forma en que se justificó y adelantó el proceso constituyente de 1999 y el modo en que fue regulada y ha sido implementada la transición constitucional. A la irrupción del poder constituyente, concebido como un poder previo, total e ilimitado, y a la instalación de una Asamblea Nacional Constituyente virtualmente plenipotenciaria, se sumó una transición constitucional que quebrantó principios fundamentales de la Constitución aprobada en referendo y que en la práctica la dejó parcialmente en suspenso. La función de determinar hasta dónde y hasta cuándo podía aplicarse una normativa transitoria no prevista en la Constitución y en parte contraria a sus principios adquiriría así una enorme trascendencia y una significación constituyente o cuasiconstituyente. Esta función, cumplida a espaldas del pueblo como titular del poder constituyente, ha sido ejercida en último término por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En lo concerniente a la jurisprudencia de esta Sala relativa al régimen de transición, basta de momento con apuntar que esta instancia jurisdiccional se ha encargado de administrar la transición constitucional con criterios no siempre uniformes. En un comienzo aseveró que la transición duraría hasta la instalación de la Asamblea Nacional,<sup>27</sup> pero tan pronto esta entró en funcionamiento sostuvo que debía esperarse a la aprobación de las leyes reguladoras de los órganos establecidos en la nueva Constitución<sup>28</sup> y luego matizaría que la aplicación de estas nuevas leyes al funcionamiento de los correspondientes órganos constitucionales estaba condicionada a que sus integrantes hubiesen sido renovados de acuerdo con la Constitución y las normas

<sup>27</sup> Sentencia de la Sala Constitucional 656/2000, del 30 de junio. Allí se afirmó claramente: “Durante el régimen de transición, previsto en el Régimen de Transición del Poder Público, que finalizará con la instauración de la Asamblea Nacional, los nombramientos de funcionarios emanados del poder constituyente se mantendrán, hasta que se promulguen las diversas leyes orgánicas o leyes que regulen los entes a los cuales pertenezcan dichos funcionarios, y que por tanto señalarán con respecto a la estructura de estos organismos, cómo se elegirán sus miembros y funcionarios”.

<sup>28</sup> Sentencia de la Sala Constitucional 1562/2000, del 12 de diciembre, en la cual se puntualizó: “La normalización total de instituciones nuevas como el Poder Ciudadano y el Tribunal Supremo de Justicia, requieren de leyes orgánicas que desarrollen el texto constitucional, y mientras ellas no se dicten, las mismas se rigen por dos cuerpos legales coexistentes e integrativos: Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en lo que se complementan”. La Sala agregaría, intentando precisar lo sostenido en la sentencia ya citada del 30 de junio de 2000: “[...] en fallo de esta Sala, de fecha 30 de junio de 2000 (caso Defensoría del Pueblo), la Sala enfatizó, que cuando las leyes orgánicas respectivas se dictaren, cesaría definitivamente el régimen provisorio que gobierna a las instituciones, actualmente carentes de dichas leyes especiales, pero mientras tanto, conformaban un solo bloque constitucional el Régimen de Transición del Poder Público y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [...]”.

legales dictadas.<sup>29</sup> Por otro lado, la perpetuación de un régimen llamado a durar poco tiempo, en conjunción con intereses metajurídicos, desembocó en su vulneración por la propia Sala Constitucional, como lo demuestra la sentencia en la que reemplazó a los integrantes de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial,<sup>30</sup> que conforme a dicho régimen debían permanecer en sus cargos hasta que este órgano cesara junto con la transición.

Esta prolongación y manipulación del régimen de transición ha sido un pesado lastre sobre la Constitución de 1999, que ha obstaculizado su operatividad como norma suprema del ordenamiento. Este ha sido uno de los factores que han conspirado contra la eficacia de la Constitución y contra la sujeción al derecho de los poderes instituidos. La debilidad del derecho a la que antes se hizo mención se refiere precisamente a su mínima relevancia como fuerza moderadora de quienes ejercen el poder y como garantía de los derechos humanos. Esta misma fragilidad ha estado acompañada de una instrumentalización de la legalidad destinada a brindar soporte formal a decisiones lesivas de valores fundamentales del orden jurídico.

El desquiciamiento del orden jurídico que ello ha traído consigo se ha puesto de relieve además en la solapada tesis de la subsistencia de un residuo de poder constituyente, ínsito a la función de administración de la transición que ha cumplido la Sala Constitucional y explícito en sentencias de este órgano referidas al recurso directo de interpretación constitucional, el cual más de una vez ha servido para reescribir la Constitución. En un comienzo dicha sala llegó incluso a declarar abiertamente, como luego veremos, que el pueblo conservaba el poder constituyente tras la sanción de la Constitución, no ya para activar mecanismos formales de cambio constitucional sino para legitimar mediante referendos consultivos decisiones que pudiesen ser contrarias a la Constitución.

La brecha preponderantemente fáctica abierta en 1999 no solo no se ha cerrado sino que se ha profundizado. Las designaciones de magistrados y de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano efectuadas inconstitucionalmente en el año 2000 dieron lugar luego a la ampliación del número de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, lo cual perseguía el objetivo de controlar políticamente este tribunal, y a la elección de nuevos integrantes con un procedimiento y criterios no cónsonos con las exigencias de la Constitución. Este último vicio afectó también a la elección de las máximas autoridades del Poder Ciudadano en el año 2007.

El rechazo popular de la reforma constitucional propuesta por el presidente de la República y ampliada por la Asamblea Nacional, cuyas disposiciones en parte pretendían legalizar (constitucionalizar) prácticas viciadas desarrolladas por las

<sup>29</sup> Sentencia de la Sala Constitucional 2816/2002, del 18 de noviembre. En esta oportunidad se aseveró: “[...] el régimen transitorio sobre los organismos del Poder Electoral, creado por el Decreto emanado de la Asamblea Nacional Constituyente que contiene el Régimen de Transición del Poder Público, y que con fundamento en su artículo 39 se dictó el Decreto sobre el Estatuto Electoral del Poder Público, perderá validez en tanto en cuanto los órganos transitorios se adapten, en su organización y funcionamiento, a las leyes que dicte la Asamblea Nacional, de tal forma que, mientras ello no suceda, dicha transitoriedad sigue en vigor, en lo que no haya sido derogado”.

<sup>30</sup> Sentencia de la Sala Constitucional 1057/2005, del 1 de junio.

autoridades, parecía augurar una etapa en que la Constitución fuese rescatada como pacto fundamental para la convivencia democrática. Dicho rechazo provenía, de una u otra forma, tanto del electorado opositor como del electorado chavista, y esta convergencia no calculada entre sectores del país políticamente contrapuestos podía impulsar una dinámica política basada en la Constitución como denominador común. Nada de esto ocurrió. Por el contrario, se inició un proceso de franca desconstitucionalización<sup>31</sup> que no ha concluido, en virtud del cual se ejecutan políticas y se dictan decretos-leyes, leyes o reglamentos contrarios a la Constitución, que cuentan con el aval de la jurisdicción constitucional. La huida hacia adelante encontró coronación en la enmienda constitucional sobre la reelección indefinida o sucesiva del presidente de la República y demás autoridades electivas, que desdibujó el principio constitucional de alternabilidad. Según quien resultó principalmente favorecido por la modificación constitucional, ella estaba *abriendo las puertas de la historia*, pero en realidad se estaba retomando un sendero aciago de nuestra evolución político-constitucional sobradamente conocido, que con mucho esfuerzo se había dejado atrás.

### 3.2. El papel de la Sala Constitucional

Ya destacamos el papel cumplido por la Sala Constitucional en la administración de la transición. Ahora puntualizaremos algunos de los pasos dados por dicha alta instancia judicial en este campo. Desde sus inicios la Sala Constitucional quedó envuelta en la transición. Al promulgarse la Constitución el 30 de diciembre de 1999 no existía una legislación sobre la Sala Constitucional, dado que fue creada mediante este texto normativo. El mantenimiento de la Corte Suprema de Justicia durante el periodo transitorio, que hubiera ofrecido pocos riesgos para las fuerzas progubernamentales, habría permitido que la Sala Constitucional entrara en funcionamiento después de haberse dictado la legislación correspondiente y de haber efectuado la elección de sus integrantes conforme a la Constitución. Incluso si tal continuidad de la Corte por un tiempo relativamente prolongado se juzgaba inconveniente, cabía acudir, como ya se dijo, a un procedimiento participativo y transparente, cónsono con los principios constitucionales, desarrollado ante la Asamblea Nacional Constituyente. Nada de esto sucedió y la Sala Constitucional nació por tanto anclada a la transición constitucional, en mayor grado que las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

La Constitución no determina el número de integrantes de las salas del Tribunal Supremo de Justicia, lo cual no fue obstáculo para que el Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público designara a cinco magistrados en la Sala Constitucional y a tres en las restantes. Decíamos que este régimen afectó más a la Sala Constitucional porque prontamente ella sería requerida para pronunciarse sobre la validez de una normativa transitoria que fundamentaba y acordaba la designación de sus integrantes. Desde el comienzo esta sala fue juez en causa propia. La pervivencia del régimen

<sup>31</sup> Sobre la noción de desconstitucionalización véase Néstor Sagüés: “El concepto de desconstitucionalización”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 61, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, pp. 399 ss.

de transición dictado al margen de la voluntad popular y de la Constitución estaba inescindiblemente unida a la continuación de los miembros de la Sala en sus cargos. Y como si esto no fuera suficiente la sala, o la mayoría de sus integrantes, estuvieron dispuestos a eximirse del cumplimiento de los requisitos constitucionales para ser magistrado del alto tribunal.

La Asamblea Nacional Constituyente colocó, pues, a la Sala Constitucional en la difícil situación de intentar tender puentes de juridicidad entre la Constitución que estaba siendo defenestrada y la emergente. En esto es posible apreciar el intento de traspasarle (írritamente) un residuo de poder constituyente, lo cual ha tenido algunas manifestaciones en la jurisprudencia de dicha instancia judicial.

En alguna ocasión ese poder constituyente se ha colocado en manos del pueblo; en otras lo ha asumido la propia sala. Ocurrió lo primero en la sentencia de la Sala Constitucional relativa al referendo sindical,<sup>32</sup> en la cual se declaró que aun en el supuesto de que la consulta popular programada adoleciera de alguna contradicción con el texto constitucional, ello quedaría subsanado, ya que el referendo convocado:

[...] supone el ejercicio directo de dicha voluntad popular, por lo que su decisión soberana, en sentido afirmativo o negativo, sería un mandato constitucional del pueblo venezolano, titular de la soberanía, mandato que por su origen, integraría el sistema constitucional y no podría asimilarse, en caso afirmativo, a una intervención, suspensión o disolución administrativa, que es lo que prohíbe el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [...].

Y para despejar cualquier duda sobre la naturaleza del poder ejercido por el pueblo añadió:

El referendo, pues, como institución democrática, es la reivindicación del poder constituyente dentro del sistema constitucional vigente, para garantizar el proyecto político de la Constitución y para realizar, respecto de la consulta referendaria, el ejercicio de la democracia participativa, la que, por esta vía, deviene democracia gobernante o social, como lo señala Burdeau (*L'Etat*, París, Seuil, 1971, pp. 57-61). Los referendos populares exceden, por tanto, la representación y la participación misma y le permiten al pueblo reivindicar su poder de decisión directa en asuntos de interés público, lo que significa la irrupción ocasional de la potestad soberana dentro del régimen legal constitucional de democracia representativa.

De esta forma se reproducían algunas frases contenidas en la sentencia ya comentada del 19 de enero de 1999 y se razonaba como si cualquier consulta al electorado mediante referendo implicase la activación del poder constituyente. Huelga decir que una tesis así conduciría a la completa disolución del orden constitucional, cuando no

<sup>32</sup> Sentencia de la Sala Constitucional 1490/2000, del 1 de diciembre.

del orden jurídico en sí mismo, por lo que es plausible que este criterio haya sido abandonado, aunque no está claro si el abandono, que no fue explícito, respondió a razones dogmáticas o a consideraciones metajurídicas.<sup>33</sup>

Pero la Sala también se reservó la posibilidad de emplear ese supuesto poder constituyente subsistente por medio de su jurisprudencia. En particular, ha sostenido:

El recto sentido del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela hace posible la acción extraordinaria de interpretación, ya que, de otro modo, dicho artículo sería redundante en lo dispuesto por el artículo 334 *eiusdem*, que solo puede dar lugar a normas individualizadas, como son, incluso, las sentencias de la Sala Constitucional en materia de amparo. La diferencia entre ambos tipos de interpretación es patente y produce consecuencias jurídicas decisivas en el ejercicio de la jurisdicción constitucional por parte de esta Sala. Esas consecuencias se refieren al diverso efecto de la *jurisdictio* y la *jurisdatio* y ello porque la eficacia de la norma individualizada se limita al caso resuelto, mientras que la norma general producida por la interpretación abstracta vale *erga omnes* y constituye, como verdadera *jurisdatio*, una interpretación cuasiauténtica y paraconstituyente, que profiere el contenido constitucionalmente declarado por el texto fundamental [...].<sup>34</sup>

Esta discutible y temprana distinción entre la *jurisdictio* y la *jurisdatio* sentó las bases de la inclinación de esta sala a reescribir la Constitución merced al recurso directo de interpretación constitucional. Así ha ocurrido en materias como el alcance del principio constitucional de participación; del artículo 350 de la Constitución; de la reserva a los estados de determinadas competencias; de las obligaciones internacionales del Estado venezolano en el campo de los derechos humanos; o de la alternabilidad prevista en el artículo 6 de la Constitución, entre otros temas.<sup>35</sup>

Cabe afirmar, además, que la facilidad con que la Sala Constitucional se ha atribuido competencias que la Constitución no le otorga, en ámbitos como el de la interpretación constitucional directa, la revisión de sentencias y el avocamiento, está en alguna medida asociada, sin ser su principal causa, a ese papel cuasiconstituyente del que se ha sentido destinataria. Por otro lado, la veta marcadamente política distintiva del poder constituyente revolucionario atraviesa la línea jurisprudencial que concibe al derecho como “una teoría normativa puesta al servicio de una política”; se afirma que esa política subyace a la Constitución,<sup>36</sup> pero es precisamente esa remisión

<sup>33</sup> El cambio tácito de criterio se produjo cuando algunos sectores promovían la convocatoria de un referendo consultivo sobre la renuncia voluntaria del presidente a su cargo, que fue considerado constitucional porque un referendo de esa clase no tendría efectos vinculantes: sentencia de la Sala Constitucional 23/2003, del 22 de enero.

<sup>34</sup> Sentencia de la Sala Constitucional 1309/2001, del 19 de julio. En igual sentido, más recientemente, la sentencia 1684/2008, del 4 de noviembre.

<sup>35</sup> Véase las sentencias 23/2003, del 22 de enero; 24/2003, del 22 de enero; 565/2008, del 15 de abril; 1939/2008, del 18 de diciembre, y 49/2009, del 3 de febrero, respectivamente.

<sup>36</sup> Sentencia de la Sala Constitucional 1309/2001, del 19 de julio.

jurisprudencial abierta a cánones ideológicos indeterminados lo que potencia la penetración de valoraciones políticas en la interpretación jurídica.

#### 4. Reflexiones conclusivas

La primera lección que puede extraerse de la reciente experiencia venezolana es que la fuerza moderadora del derecho es imprescindible en la vida institucional de los pueblos. En una democracia constitucional ninguna razón política justifica el sacrificio o la instrumentalización del derecho como marco regulatorio de la convivencia basado en criterios de justicia técnicamente depurados. Si algo representa la esencia del derecho público contemporáneo es el propósito de fijar límites efectivos a los gobernantes. Los regímenes que han subyugado o envilecido la legalidad al convertirla en arma para la dominación política han pagado un alto precio en términos de legitimidad política e histórica y, lo que es peor, de los daños causados a sus ciudadanos e incluso a los de otras naciones. Deseamos enérgicamente que este no sea el desenlace de la aventura de la omnipotencia política emprendida en su día.

Por otra parte, ha quedado claramente establecido que la transición constitucional ha sido un caballo de Troya de la constitucionalidad plasmada en la Carta Magna de 1999. Esperemos que otros pueblos de la región andina que vienen de procesos constituyentes y se encuentran en la fase de transición hacia la implementación de la nueva Constitución eviten los errores cometidos en Venezuela.

En cuanto a nosotros, es necesario acometer cuanto antes la reconstitucionalización del proceso político, entendida no como la vuelta a un pasado constitucional anterior a 1999, sino como la realización plena de la Carta Fundamental de ese año. Ya planteamos, con motivo de los acontecimientos de abril de 2002, después de la ruptura constitucional del funesto decreto del gobierno de facto, que entonces censuramos, que era indispensable fortalecer institucionalmente la República regularizando los procesos de designación de altas autoridades contraloras, los cuales, como dijimos, habían sido efectuados violando la Constitución. También señalamos que debían promoverse espacios de diálogo entre los venezolanos de diversas corrientes políticas, para identificar denominadores comunes dentro de las diferencias ínsitas a una sociedad democrática.<sup>37</sup> No nos hemos cansado de reiterar esto y lo repetimos: sin recuperación institucional y búsqueda de entendimientos mínimos que supongan el reconocimiento democrático del adversario no habrá solución duradera a nuestros problemas más acuciantes, entre los que destacan los asociados a la desigualdad y a la pobreza.

---

<sup>37</sup> Cf. Jesús M. Casal H. y Alma Chacón: "Las posibilidades de una Constitución", en *SIC*, n.º 645, 2002.