

EL CONSTITUCIONALISMO Y LA EMERGENCIA EN VENEZUELA: ENTRE LA EMERGENCIA FORMAL EXCEPCIONAL Y LA EMERGENCIA ANORMAL PERMANENTE*

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Entre las preguntas que se formularon en el Programa de este Seminario sobre Constitucionalismo en tiempos de Emergencia, nos pareció adecuado, para referirnos a la situación en Venezuela, tratar de responder la que se indicó en último lugar, es decir, ¿Tenemos actualmente emergencias reales? O más bien, ¿es posible que tengamos pequeños bolsones con poderes de emergencia instalados de forma permanente dentro del derecho ordinario de cada país?.

En otras palabras, ¿cual es la relación entre la Constitución normativa en materia de emergencias y la situación real de la “emergencia institucional” a que ha estado sometido el país durante más de un lustro?

La Constitución de 1999, en materia de régimen de la emergencia, reguló en forma extensa y precisa a los llamados Estados de Excepción, como mecanismos de protección de la propia Constitución en tiempos de emergencia. La negativa experiencia política precedente en la materia, en particular en el campo económico, por la restricción de la garantía constitucional de la libertad económica por más de 40 años, lo que originó la ampliación irregular de las potestades normativas del Poder Ejecutivo en la materia¹ la derivada de la emergencia ocurrida en 1989

* Conferencia dictada en la *Mesa Redonda Internacional sobre Constitucionalismo en Tiempos de Emergencia*, Asociación Internacional de Derecho Constitucional, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Córdoba Argentina, 24/25 de junio de 2005

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Evolución del régimen legal de la Economía 1939-1979*, Ediciones de la Cámara de Comercio de Valencia, Valencia 1980; “Consecuencias Jurídicas

con ocasión del denominado “Caracazo”, que fue una sublevación social anárquica y generalizada acaecida en febrero de ese año en la ciudad de Caracas, y que con motivo de la suspensión de diversas garantías de derechos fundamentales originó todo tipo de violaciones a los derechos humanos², sin duda orientó la normativa constitucional de 1999 en materia de estados de excepción, signada, al contrario del régimen de la Constitución de 1961, por el sometimiento de las situaciones de emergencia a todo tipo de controles políticos y judiciales, a fin de evitar la arbitrariedad gubernamental.

El régimen constitucional y legal de los estados de excepción es tan preciso y estricto, que en los seis años de vigencia de la Constitución, nunca se ha aplicado, a pesar de que durante estos años se han sucedido situaciones de verdadera emergencia, como lo fue el deslave ocurrido en el litoral central del país el mismo día del referendo aprobatorio de la Constitución, el 15 de diciembre de 1999; como lo fue la crisis política originada por la anunciada renuncia del Presidente de la República el 12 de abril de 2002 por el jefe de su Alto Mando Militar; y como lo fue la huelga de la empresa petrolera del Estado, Petróleos de Venezuela S.A a partir de diciembre de 2002.

No hemos tenido, por tanto, emergencias formalmente declaradas conforme a lo pautado en la Constitución; pero en contraste, hemos tenido una situación de emergencia permanente, evidentemente anormal, que ha trastocado el funcionamiento regular de los órganos del

del restablecimiento de las garantías económicas, en *Revista de Derecho Público*, N° 35, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1988, pp. 69-73

² Véase Allan R. Brewer-Carías, Prólogo al libro de Daniel Zovatto, *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San José, 1990, pp. 11-33; “Consideración sobre la suspensión o restricción de las garantías constitucionales en *Revista de Derecho Público*, N° 37, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1989, pp. 5-25.

Estado, particularmente del Poder Judicial, cuyos órganos han perdido progresivamente toda autonomía e independencia.

Esto, por supuesto, tiene enorme importancia respecto incluso de los estados de emergencia constitucionalizados, que precisamente, siempre tienen que encontrar el balance y contrapeso en la existencia de un Poder Judicial que sea capaz de controlarlos.

El constitucionalismo venezolano, en esta materia de las emergencias, “puede decirse que se encuentra en una situación de contraste, entre una regulación de la emergencia formal que sólo puede producirse excepcionalmente y la situación de emergencia permanente anormal, en particular, del Poder Judicial. Para entender este contraste, expondremos, en primer lugar, el régimen constitucional y legal de los estados de excepción; y en segundo lugar, la situación permanente de la emergencia judicial.

I. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

El Capítulo II del Título VIII de la Constitución de 1999³, relativo a la “Protección de la Constitución”, está destinado a regular las circunstancias excepcionales que pueden originar situaciones de excepción que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de las personas, y que ameriten la adopción de medidas político-constitucionales para afrontarlas.

La Constitución, además, exigió (art. 338) que los estados de excepción debían ser objeto de regulación mediante una ley orgánica (LO) para enmarcarlos en un orden legal y determinar las medidas que podían adoptarse con base en los mismos; y en tal sentido se dictó la

³ Véase en general sobre la Constitución de 1999, Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, 2 Tomos, Caracas 2004.

Ley Orgánica sobre Estados de Excepción de 15-08-2001⁴ que no sólo los regula en sus diferentes formas, sino que además determina “el ejercicio de los derechos que sean restringidos con la finalidad de restablecer la normalidad en el menor tiempo posible” (art. 1).

Ahora bien, el artículo 337 de la Constitución califica expresamente como estados de excepción,

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.

La Ley Orgánica, por su parte, precisa que “los estados de excepción *son circunstancias* de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas o de sus instituciones”, por lo que “solamente pueden declararse ante situaciones objetivas de suma gravedad que hagan insuficientes los medios ordinarios que dispone el Estado para afrontarlos” (art. 2) y en caso de “estricta necesidad para solventar la situación de anormalidad” (art. 6).

Por otra parte, la Ley Orgánica exige que “toda medida de excepción debe ser proporcional a la situación que se quiere afrontar en lo que respecta a gravedad, naturaleza y ámbito de aplicación” (art. 4), debiendo además “tener una duración limitada a las exigencias de la situación que se quiere afrontar, sin que tal medida pierda su carácter excepcional o de no permanencia” (art. 5).

Se trata, por tanto, de circunstancias excepcionales que sobrepasan las posibilidades de su atención mediante los mecanismos institucionales previstos para situaciones normales, pero que solo pueden dar lugar a la adopción de medidas que estén enmarcadas dentro de princi-

4. *Gaceta Oficial* N° 37.261 de 15-08-2001.

pios de logicidad, racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, lo que se configura como un límite al ejercicio de las mismas.

Las diversas formas específicas de estados de excepción se enumeran en el artículo 338 de la Constitución, en el cual se distingue el estado de alarma, el estado de emergencia económica, el estado de conmoción interior y el estado de conmoción exterior; las cuales se regulan en los arts. 8 a 14 de la Ley Orgánica.

Además, debe señalarse que la declaratoria del estado de excepción en ningún caso interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público (art. 339); lo que se confirma la Ley Orgánica respectiva (art. 3).

Por último, debe señalarse que la declaración de los estados de excepción no modifica el principio de la responsabilidad del Presidente de la República, ni la del Vicepresidente Ejecutivo, ni la de los Ministros de conformidad con la Constitución y la ley (art. 232).

1 El decreto de estado de excepción

En las circunstancias excepcionales antes mencionadas, corresponde al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, decretar los estados de excepción. (art. 337). Este decreto, como lo precisa el artículo 22 de la Ley Orgánica, tiene “rango y fuerza de Ley” y entra “en vigencia una vez dictado por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros”, agregando la norma que “deberá ser publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y difundido en el más breve plazo por todos los medios de comunicación social, si fuere posible.”

En cuanto al rango y fuerza de ley de los decretos de estados de excepción, la misma en realidad proviene de la propia Constitución, pues al dictarlos el Presidente de la República ejecuta directa e inmediatamente la Constitución, al dictarse con base en atribuciones esta-

blecidas en el texto fundamental, a pesar de que, además, deban ejecutar la Ley Orgánica de Estados de Excepción.

Pero por lo que se refiere a la previsión legal de que los referidos decretos ley puedan entrar en vigencia antes de la publicación del decreto en *Gaceta Oficial*, dicha previsión, sin duda, es inconstitucional, pues no puede disponer el legislador que un decreto que tiene rango y fuerza de Ley pueda entrar en vigencia antes de su publicación, es decir, desde que se dicte por el Presidente de la República.

Conforme al artículo 215 de la Constitución, la ley sólo queda promulgada al publicarse con el correspondiente “Cúmplase” en la *Gaceta Oficial*, disponiendo el Código Civil, en su artículo 1, que “la Ley es obligatoria desde su publicación en la *Gaceta Oficial*” o desde la fecha posterior que ella misma indique (art. 1).

En decreto de estado de excepción, por tanto, sólo puede entrar en vigencia desde su publicación en la *Gaceta Oficial*, no pudiendo entenderse este requisito publicación y vigencia, como una mera formalidad adicional de divulgación como parece derivarse del texto del artículo 22 de la Ley Orgánica.

Por otra parte, el decreto debe cumplir con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 339 C).

Conforme al artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el estado de excepción debe ser “proclamado oficialmente”. Con base en ello sólo se pueden “adoptar disposiciones” que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas (por los Estados) en virtud de este Pacto. Las medidas, además, no pueden “ser incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color,

sexo, idioma, religión u origen social”. En igual sentido se dispone en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por otra parte, el Pacto exige que todo Estado “que haga uso del derecho de suspensión” debe informar inmediatamente a todos los demás Estados Partes en el Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, “de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión”. Igualmente, deben comunicar la fecha “en que haya dado por terminada tal suspensión” (art. 4,3). La Convención Americana establece una disposición similar de información a los Estados Partes en la Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de Estados Americanos (art. 27,3).

Por último, la Ley Orgánica dispone que el Presidente de la República puede solicitar a la Asamblea Nacional la prórroga del Decreto por un plazo igual, correspondiendo a la Asamblea la aprobación de dicha prórroga (art. 338). Este puede ser 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.

2 *Medidas que pueden adoptarse en virtud del decreto de estado de excepción: el rango legal*

A. Régimen general

Conforme al artículo 15 de la Ley Orgánica, el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, tiene las siguientes facultades:

- a) Dictar todas las medidas que estime convenientes en aquellas circunstancias que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas o de sus instituciones, de conformidad con los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
- b) Dictar medidas de orden social, económico, político o ecológico cuando

resulten insuficientes las facultades de las cuales disponen ordinariamente los órganos del Poder Público para hacer frente a tales hechos.

Además, en particular, en el caso del decreto que declare el estado de emergencia económica, conforme al artículo 11 de la Ley Orgánica, en el mismo se pueden disponer “las medidas oportunas, destinadas a resolver satisfactoriamente la anormalidad o crisis e impedir la extensión de sus efectos”.

Asimismo, en el caso del decreto que declare el estado de conmoción exterior, se pueden tomar “todas las medidas que se estimen convenientes, a fin de defender y asegurar los intereses, objetivos nacionales y la sobrevivencia de la República” (art. 14).

En todo caso, decretado el estado de excepción, el Presidente de la República puede delegar su ejecución, total o parcialmente, en los gobernadores, alcaldes, comandantes de guarnición o cualquier otra autoridad debidamente constituida, que el Ejecutivo Nacional designe (art. 16).

B. La restricción de las garantías constitucionales y su obligatorio contenido normativo

Conforme se establece en el artículo 337 de la Constitución, en los casos en los cuales se decreten estados de excepción, el Presidente de la República en Consejo de Ministros también puede restringir temporalmente las garantías consagradas en la 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.

Este es el único supuesto establecido en la Constitución de 1999 conforme al cual el Presidente puede restringir las garantías constitucionales (art. 236, ord. 7), habiéndose eliminado toda posibilidad de “suspender” dichas garantías como lo autorizaba la Constitución de

1961 (art. 241). De ello deriva, además, que tampoco podrían restringirse los derechos constitucionales, sino sólo sus “garantías”⁵.

Ahora bien, en relación con la restricción de garantías constitucionales con motivo de un decreto de estado de excepción, el artículo 6 de la Ley Orgánica dispone que

Artículo 6: El decreto que declare los estados de excepción será dictado en caso de estricta necesidad para solventar la situación de anormalidad, ampliando las facultades del Ejecutivo Nacional, con la restricción temporal de las garantías constitucionales permitidas y la ejecución, seguimiento, supervisión e inspección de las medidas que se adopten conforme a derecho. El Presidente de la República, en Consejo de Ministros, podrá ratificar las medidas que no impliquen la restricción de una garantía o de un derecho constitucional. Dicho decreto será sometido a los controles que establece esta Ley.

Por otra parte, en relación con la enumeración de las garantías constitucionales de derechos que no pueden ser objeto de restricción, en forma alguna, conforme al antes mencionado artículo 337 de la Constitución (regulados en los artículos 43; 43, ord. 2; 46, ord. 1; 49 y 58 de la Constitución), sin duda, debe considerarse que forman parte de “los demás derechos humanos intangibles” cuyas garantías tampoco pueden restringirse, los indicados como no restringibles en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4), y en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 27), que son: la garantía de la igualdad y no discriminación; la garantía de no ser condenado a prisión por obligaciones contractuales; la garantía de la irretroactividad de la ley; el derecho a la personalidad; la libertad religiosa; la garantía de no ser sometido a esclavitud o servidumbre; la garantía de la integridad personal; el principio de legalidad; la protección de la familia; los derechos del niño; la garantía de la no privación arbitraria de la na-

5. Véase Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre la suspensión o restricción de las garantías constitucionales”, en *Revista de Derecho Público*, N° 37, EJV, Caracas 1989, pp. 5 y ss.

cionalidad y el ejercicio de los derechos políticos al sufragio y el acceso a las funciones públicas⁶.

Ahora bien, en relación con esta materia, el artículo 7 de la Ley Orgánica indica que:

Artículo 7: No podrán ser restringidas, de conformidad con lo establecido en los artículos 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las garantías de los derechos a:

1. La vida.
2. El reconocimiento a la personalidad jurídica.
3. La protección de la familia.
4. La igualdad ante la ley.
5. La nacionalidad.
6. La libertad personal y la prohibición de práctica de desaparición forzada de personas.
7. La integridad personal física, psíquica y moral.
8. No ser sometido a esclavitud o servidumbre.
9. La libertad de pensamiento, conciencia y religión.
10. La legalidad y la irretroactividad de las leyes, especialmente de las leyes penales.
11. El debido proceso.
12. El amparo constitucional.
13. La participación, el sufragio y el acceso a la función pública.
14. La información.

Lamentablemente, en esta enumeración, la Ley Orgánica omitió la “prohibición de incomunicación o tortura” que establece el artículo 337 de la Constitución; la garantía a no ser condenado a prisión por obligaciones contractuales; y los derechos del niño que enumeran las Convenciones Internacionales mencionadas, que tienen rango constitucional (art. 23).

6. Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999, cit.*, pp. 236 y 237.

En todo caso, de las anteriores regulaciones relativas a la restricción de garantías constitucionales como consecuencia de un decreto de estado de excepción, debe destacarse lo siguiente:

En *primer lugar*, debe insistirse en el hecho de que se eliminó de la Constitución la posibilidad de que se pudiesen “suspender” las garantías constitucionales, como lo autorizaba el artículo 241, en concordancia con el artículo 190, ordinal 6 de la Constitución de 1961, y que dio origen a tantos abusos institucionales⁷, quedando la potestad de excepción, a la sola posibilidad de “restringir” (art. 236, ord. 7) las garantías constitucionales.

En *segundo lugar*, la Constitución exige expresamente que el Decreto que declare el estado de excepción y restrinja garantías constitucionales, obligatoriamente debe “regular el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe” (art. 339). Es decir, no es posible que el decreto “restringa” una garantía constitucional pura y simplemente, sino que es indispensable que en el mismo decreto se regule en concreto el ejercicio del derecho. Por ejemplo, si se restringe la libertad de tránsito, por ejemplo, en el mismo decreto de restricción, que tiene entonces que tener contenido normativo, debe especificarse en qué consiste la restricción, estableciendo por ejemplo, la prohibición de circular a determinadas horas (toque de queda), o en determinados vehículos.⁸

Lamentablemente, sin embargo, en la Ley Orgánica no se desarrolló esta exigencia constitucional, quizás la más importante en materia

7. Véase Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre la suspensión o restricción de las garantías constitucionales”, *loc. cit.*, pp. 5 a 25; y Allan R. Brewer-Carías, *Derecho y acción de amparo, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo V, Caracas 1997, pp. 11 a 44.

8. Véase las críticas a la suspensión no regulada de las garantías constitucionales con motivo de los sucesos de febrero de 1989, en Allan R. Brewer Carías, “Consideraciones sobre la suspensión...”, *loc. cit.*, pp. 19 y ss., y en Allan R. Brewer Carías, en “Prólogo” el libro de Daniel Zovatto G., *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, *cit.*, pp. 24 y ss.

de restricción de garantías constitucionales. Sólo regulándose normativamente su ejercicio, en el decreto que restrinja las garantías constitucionales, es que podría tener sentido la previsión del artículo 21 de la Ley Orgánica que dispone que:

Artículo 21: El decreto que declare el estado de excepción suspende temporalmente, en las leyes vigentes, los artículos incompatibles con las medidas dictadas en dicho decreto.

Para que esta “suspensión” temporal de normas legales pueda ser posible, por supuesto, es necesario e indispensable que el decreto establezca la normativa sustitutiva correspondiente.

C. *La movilización*

Conforme al artículo 23 de la Ley Orgánica, decretado el estado de excepción, el Presidente de la República en su condición de Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional puede, además, ordenar la movilización de cualquier componente o de toda la Fuerza Armada Nacional, operación que debe regirse por las disposiciones que sobre ella establece la ley respectiva.

D. *La requisición*

Con motivo de la declaración de estado de excepción, conforme al artículo 24 de la Ley Orgánica, el Ejecutivo Nacional tiene la facultad de requisar los bienes muebles e inmuebles de propiedad particular que deban ser utilizados para restablecer la normalidad.⁹

En estos supuestos, para que se ejecutase cualquier requisición, es indispensable la orden previa del Presidente de la República o de la

9. Sobre la requisición véase Allan R. Brewer-Carías, “Adquisición de propiedad privada por parte del Estado en el Derecho Venezolano” en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo VI, Caracas 1979, pp. 24 y 33.

autoridad competente designada, dada por escrito, en la cual se debe determinar la clase, cantidad de la prestación, debiendo expedirse una constancia inmediata de la misma.

En todo caso, terminado el estado de excepción, deben restituirse los bienes requisados a sus legítimos propietarios, en el estado en que es encuentren, sin perjuicio de la indemnización debida por el uso o goce de los mismos. En los casos que los bienes requisados no pudieren ser restituidos, o se trate de bienes fungibles o perecederos, la República debe pagar el valor total de dichos bienes, calculados con base en el precio que los mismos tenían en el momento de la requisición (art. 25 LO).

E. Las medidas relativas a los artículos de primera necesidad y a los servicios públicos

Por otra parte, una vez decretado el estado de excepción, también se puede limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad, tomar las medidas necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios y de los centros de producción (art. 19 LO).

Salvo que el decreto regule otra cosa, estas medidas deben adoptarse conforme a la Ley de Protección al Consumidor o al Usuario.

F. Las medidas de orden presupuestarias en cuanto al gasto público

Conforme al artículo 20 de la Ley Orgánica,

Decretado el estado de excepción, el Ejecutivo puede hacer erogaciones con cargo al Tesoro Nacional que no estén incluidas en la Ley de Presupuesto y cualquier otra medida que se considere necesaria para regresar a la normalidad, con fundamento en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la presente Ley.

Se pretendió, en esta forma, establecer una excepción al principio constitucional del artículo 314 de la Constitución que, al contrario, prescribe terminantemente y sin posibilidad de excepción, que “No se hará ningún tipo de gastos que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto”.

Esta excepción del artículo 20 de la Ley Orgánica, por tanto, sin duda, es inconstitucional, pues la Constitución no autoriza en forma alguna que puedan hacerse gastos o erogaciones no previstos en la Ley de Presupuesto, salvo mediante la utilización del mecanismo de “créditos adicionales” que autoriza al artículo 314 de la propia Constitución.

3. El control de los decretos de estados de excepción

De acuerdo con el artículo 339, el decreto que declare el estado de excepción debe ser presentado, dentro de los 8 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 (art. 336,6).

Este doble régimen general de control parlamentario y judicial, lo desarrolla la Ley Orgánica, estableciendo normas particulares en relación con el control por parte de la Asamblea Nacional, por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo y por parte de los jueces de amparo.

A. El control por la Asamblea Nacional

a. El sometimiento del decreto a la Asamblea

Como se ha dicho, el decreto que declare el estado de excepción debe ser remitido por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional, dentro de los 8 días continuos siguientes a aquel en que haya sido dictado, para su consideración y aprobación.

En el mismo término, deben ser sometidos a la Asamblea Nacional los decretos mediante los cuales se solicite la prórroga del estado de excepción o aumento del número de garantías restringidas.

Si el Presidente de la República no diere cumplimiento al mandato establecido en el lapso previsto, la Asamblea Nacional se debe pronunciar de oficio (art. 26).

b. La aprobación por la Asamblea

El decreto que declare el estado de excepción, y la solicitud de prórroga o aumento del número de garantías restringidas, deben ser aprobados por la mayoría absoluta de los diputados presentes en sesión especial que se debe realizar sin previa convocatoria, dentro de las 48 horas de haberse hecho público el decreto (art. 27). El tema de la publicidad, de nuevo, tiene que vincularse a la publicación del decreto en la Gaceta Oficial.

Si por caso fortuito o fuerza mayor la Asamblea Nacional no se pronunciare dentro de los 8 días continuos siguientes a la recepción del decreto, éste se debe entender aprobado. Se establece así, un silencio parlamentario positivo con efectos aprobatorios tácitos.

Si el decreto que declare el estado de excepción, su prórroga o el aumento del número de garantías restringidas, se dicta durante el receso de la Asamblea Nacional, el Presidente de la República lo debe remitir a la Comisión Delegada, en el mismo término fijado en el artículo 26 de la Ley Orgánica. En este caso, conforme al artículo 29, la Comisión Delegada sólo puede considerar la aprobación del decreto que declare el estado de excepción, su prórroga, o el aumento del número de garantías restringidas, si por las circunstancias del caso le resulta imposible convocar una sesión ordinaria de la Asamblea Nacional, dentro de las 48 horas a que hace referencia el artículo 27 de la Ley Orgánica, o si a la misma no concurriere la mayoría absoluta de los diputados.

En todo caso, dice el artículo 30 de la Ley Orgánica, que el acuerdo dictado por la Asamblea Nacional “entra en vigencia inmediatamente, por lo que debe ser publicado en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela y difundido en el más breve plazo, por todos los medios de comunicación social, al día siguiente en que haya sido dictado, si fuere posible” (art. 30). De nuevo encontramos aquí la incongruencia de que pueda considerarse que un acto parlamentario de aprobación de un decreto “con rango y fuerza de ley”, pueda entrar en vigencia antes de su publicación en la *Gaceta Oficial*, lo cual es totalmente inadmisibile.

B. El control concentrado de constitucionalidad por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

De acuerdo con el artículo 336,6 de la Constitución, compete a la Sala Constitucional “revisar en todo caso, *aún de oficio*, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente de la República”. Se trata de un control de la constitucionalidad automático y obligatorio que la Sala, incluso, puede ejercer de oficio.

La Ley Orgánica desarrolla el ejercicio de este control, estableciendo diferentes regulaciones que deben destacarse.

a. *La remisión del decreto a la Sala Constitucional*

Conforme al artículo 31 de la Ley Orgánica, el decreto que declare el estado de excepción, su prórroga o el aumento del número de garantías restringidas, deben ser remitidos por el Presidente de la República dentro de los 8 días continuos siguientes a aquél en que haya sido dictado, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de que ésta se pronuncie sobre su constitucionalidad. En el mismo término, el Presidente de la Asamblea Nacional debe enviar a la Sala Constitucional, el Acuerdo mediante el cual se apruebe el estado de excepción.

Si el Presidente de la República o el Presidente de la Asamblea Nacional, según el caso, no dieran cumplimiento al mandato establecido en el presente artículo en el lapso previsto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pronunciará de oficio (art. 31). Por supuesto, estimamos que este no es el único supuesto en el cual la Sala Constitucional puede revisar de oficio el decreto, lo cual puede hacer desde que se dicte y se publique en la *Gaceta Oficial*, y no sólo al final del lapso indicado ni sólo si no se le remite oficialmente al decreto.

Debe destacarse que con la previsión de este sistema de control de constitucionalidad automático y obligatorio, una vez que el mismo se efectúa por la Sala Constitucional y ésta, por ejemplo, declara la constitucionalidad del decreto, no podría entonces ejercerse una acción popular de inconstitucionalidad contra el decreto, pues contrariaría la cosa juzgada constitucional.

Por otra parte, debe destacarse que el artículo 33 de la Ley Orgánica dispone que:

Artículo 33: La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia omitirá todo pronunciamiento, si la Asamblea Nacional o la Comisión Delegada desaprobaré el decreto de estado de excepción o denegare su prórroga, declarando extinguida la instancia.

Esta norma, sin duda, también puede considerarse como inconstitucional pues establece una limitación al ejercicio de sus poderes de revisión por la Sala, no autorizada en la Constitución. La revisión, aún de oficio, del decreto de estado de excepción puede realizarse por la Sala Constitucional, independientemente de que la Asamblea Nacional haya negado su aprobación, máxime si el decreto, conforme a la Ley Orgánica al entrar en vigencia “en forma inmediata” incluso antes de su publicación, ha surtido efectos.

b. Motivos de control

La Sala Constitucional tiene competencia para revisar la constitucionalidad de los decretos de excepción, es decir, que en su emisión se hubieran cumplido los requisitos establecidos en la Constitución (constitucionalidad formal) y en la Ley Orgánica; y segundo, que el decreto no viole la normativa constitucional ni la establecida en la Ley Orgánica. Los motivos de inconstitucionalidad a ser considerados por la Sala, por otra parte, pueden ser alegados por interesados en la constitucionalidad, como se señala más adelante.

Es de destacar, en relación con estos motivos de inconstitucionalidad, por ejemplo, el incumplimiento por el decreto de estado de excepción que restrinja una garantía constitucional, de la exigencia de que el decreto debe “regular el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe” (art. 339); es decir, que tiene que tener contenido normativo en relación con las restricciones al ejercicio del derecho constitucional respectivo. Se trata, en definitiva, de una exigencia constitucional que busca suplir el principio de la reserva legal.

En efecto, como se ha dicho, el principio básico de la regulación constitucional de los derechos y libertades públicas en Venezuela, es decir, la verdadera “garantía” de esos derechos y libertades radica en la reserva establecida a favor del legislador para limitar o restringir dichos derechos. Sólo por ley pueden establecerse limitaciones a los derechos y libertades consagrados en la Constitución. Pero la propia Constitución admite la posibilidad de que las garantías constitucionales puedan ser restringidas en circunstancias excepcionales, por decisión del Presidente de la República en Consejo de Ministros, lo que implica que durante el tiempo de vigencia de estas restricciones, las garantías de los derechos y libertades podrían ser regulados por vía ejecutiva.

Por ello, la consecuencia fundamental del decreto de excepción que establezca la restricción de garantías constitucionales, es la posibi-

lidad que tiene el Poder Ejecutivo de regular el ejercicio del derecho, asumiendo competencias que normalmente corresponderían al Congreso. Si la esencia de la garantía constitucional es la reserva legal para su limitación y reglamentación; restringida la garantía constitucional, ello implica la restricción del monopolio del legislador para regular o limitar los derechos, y la consecuente ampliación de los poderes del Ejecutivo Nacional para regular y limitar, por vía de Decreto, dichas garantías constitucionales¹⁰.

Por supuesto, tal como lo aclara la propia Constitución, la declaración del estado de excepción (y la eventual restricción) de garantías “no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público” (art. 339); es decir, si bien amplía las competencias reguladoras del Poder Ejecutivo, no impide ni afecta las competencias legislativas ordinarias del Congreso.

c. Procedimiento y la participación de interesados

Conforme al artículo 32, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia debe decidir la revisión del decreto de estado de excepción en el lapso de 10 días continuos contados a partir de la comunicación del Presidente de la República o del Presidente de la Asamblea Nacional, o del vencimiento del lapso de 8 días continuos previsto en el artículo anterior.

Si la Sala Constitucional no se pronuncia en el lapso mencionado, conforme al artículo 32 de la Ley Orgánica, los Magistrados que la componen “incurren en responsabilidad disciplinaria, pudiendo ser removido de sus cargos de conformidad con lo establecido en el artículo 265 de la Constitución”. Este es el primer supuesto de “falta grave”

10. Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Las garantías constitucionales de los derechos del hombre*, Caracas 1976, pp. 33, 40 y 41.

para la remoción de los Magistrados del Tribunal Supremo que se regula en la legislación, por parte de la Asamblea Nacional.

En el curso del procedimiento, para cuyo desarrollo todos los días y horas se consideran hábiles (art. 39 LO), los interesados, durante los 5 primeros días del lapso para decidir que tiene la Sala Constitucional, pueden consignar los alegatos y elementos de convicción que sirvan para demostrar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad del decreto que declare el estado de excepción, acuerde su prórroga o aumente el número de garantías restringidas.

No precisa el artículo, sin embargo, quienes pueden ser considerados “interesados”, por lo que debe entenderse que al tratarse de un juicio de inconstitucionalidad relativo a un decreto “con rango y valor de ley”, debe dársele el mismo tratamiento que el establecido para la acción popular, es decir, que para ser interesado basta alegar un simple interés en la constitucionalidad.

En todo caso, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dentro de los 2 días siguientes debe admitir los alegatos y elementos de prueba que resulten pertinentes y desechar aquellos que no lo sean. Contra esta decisión, dispone la Ley Orgánica, “no se admitirá recurso alguno”, lo cual es absolutamente superfluo, pues no existe recurso posible alguno en el ordenamiento jurídico constitucional, contra las decisiones de la Sala Constitucional.

d. Decisión

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia debe decidir dentro de los 3 días continuos siguientes a aquel en que se haya pronunciado sobre la admisibilidad de los alegatos y las pruebas presentadas por los interesados (art. 36).

En su decisión, conforme al artículo 37 de la Ley Orgánica:

Artículo 37: La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declarará

la nulidad total o parcial del decreto que declara el estado de excepción, acuerda su prórroga o aumenta el número de garantías restringidas, cuando no se cumpla con los principios de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tratados internacionales sobre derechos humanos y la presente Ley.

En relación con los efectos de la decisión de la Sala Constitucional en el tiempo, la ley orgánica expresamente prescribe los efectos *ex tunc*, disponiendo que:

Artículo 38: La decisión de nulidad que recaiga sobre el decreto *tendrá efectos retroactivos*, debiendo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia restablecer inmediatamente la situación jurídica general infringida, mediante la anulación de todos los actos dictados en ejecución del decreto que declare el estado de excepción, su prórroga o aumento del número de garantías constitucionales restringidas, sin perjuicio del derecho de los particulares de solicitar el restablecimiento de su situación jurídica individual y de ejercer todas las acciones a que haya lugar. Esta decisión deberá ser publicada íntegramente en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela.

C. El control por los demás tribunales

Todos los tribunales de la República tienen el poder-deber de apreciar la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos, y declarar en el caso concreto que deben decidir, la inaplicabilidad de las normas que estimen son inconstitucionales, aplicando preferentemente a la Constitución. Se trata del control difuso de la constitucionalidad que incluso ha sido constitucionalizado en el artículo 334 del texto fundamental, y que podría ejercerse respecto de los decretos de estados de excepción. .

Pero además contra los referidos decretos y los actos de ejecución de los mismos, podrían intentarse recursos de amparo y habeas corpus, para lo cual, el artículo 27 de la Constitución dispone expresamente que el ejercicio del derecho de amparo “no puede ser afectado en modo alguno por la declaratoria de estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales”. Esta norma derogó en forma tácita, el or-

dinal del artículo de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988 que restringía el ejercicio de la acción de amparo en las situaciones de restricción de Garantías Constitucionales¹¹. Por ello, incluso, la propia Ley Orgánica enumera, entre las garantías no restringibles “el amparo constitucional” (art. 7, ord. 12).

En consecuencia, el artículo 40 de la Ley Orgánica dispone que:

Artículo 40: Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de su competencia de amparo constitucional, están facultados para controlar la justificación y proporcionalidad de las medidas adoptadas con base al estado de excepción.

Esta norma, sin embargo, puede considerarse como inconvenientemente restrictiva, pues parecería que los jueces de amparo no podrían ejercer su potestad plena de protección frente a las violaciones de derechos y garantías constitucionales en estas situaciones de los estados de excepción, sino sólo en los aspectos señalados de justificación y proporcionalidad de las medidas que se adopten con motivo de los mismos.

D. El control por la comunidad organizada y las organizaciones públicas no estatales

La Ley Orgánica de la Administración Pública, como hemos señalado, establece un mecanismo preciso de participación ciudadana al regular el procedimiento de consulta obligatoria a las comunidades organizadas y a las organizaciones políticas no estatales, respecto de los anteproyectos de normas legales o reglamentarias que se proponga dictar el Presidente de la República (arts. 135, 136). Como hemos señalado, esencialmente, un decreto de estado de excepción debe contener la regulación legal relativa al ejercicio del derecho cuya garantía se res-

11. Véase Allan R. Brewer-Carías, “El amparo a los derechos y la suspensión o restricción de garantías constitucionales”, *El Nacional*, Caracas 14-4-89, p. A-4.

tringe, por lo que en el ámbito de los decretos de estados de excepción esa consulta debe realizarse obligatoriamente.

En este supuesto de los decretos de estado de excepción, sin embargo, la consulta obligatoria para promover la participación ciudadana no es previa sino posterior a la emisión del acto. En efecto, el artículo 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone que “en casos de emergencia manifiesta y por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad” el Presidente de la República podría dictar esos decretos con contenido normativo sin consulta previa; pero en todo caso, está obligado a consultar seguidamente “bajo el mismo procedimiento” de consultas públicas, a las comunidades organizadas y a las organizaciones públicas no estatales; estando obligado a considerar el resultado de la consulta.

Como puede apreciarse de lo anteriormente expuesto, el régimen de los estados de excepción está precisamente regulado en la Constitución y la Ley Orgánica respectiva, sometiéndoselos a todos los controles institucionales disponibles, particularmente al control judicial. Para la efectividad de este último, por supuesto, resulta indispensable que los tribunales sean realmente autónomos e independientes.

Y aquí surge uno de los contrastes más brutales entre la normatividad constitucional y la práctica política del Poder, que fuera de toda fórmula de estado de excepción, ha sometido al Poder Judicial en Venezuela a una situación permanente y anormal de “emergencia judicial” que no concluye, y que ha conculcado la autonomía y independencia de los tribunales.

II. LA PERMANENTE Y ANORMAL EMERGENCIA: EL CASO DEL PODER JUDICIAL

En efecto, el proceso político-constitucional venezolano durante el último lustro, ha estado caracterizado por la existencia de una permanente y anormal emergencia judicial que ha provocado la progresiva y

sistemática demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial por parte de los diversos órganos del Estado, incluido el propio Tribunal Supremo de Justicia¹²; de manera que la separación de los poderes, como principio básico del Estado de derecho, incluso en medio de la peculiar penta división del poder que está plasmada en la Constitución de 1999, ha sido hecha añicos.

Ese proceso en relación con el Poder Judicial, comenzó con las actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente en 1999 que declaró la “emergencia judicial”, la cual no ha cesado hasta la fecha, siendo la última actuación en el tiempo, después de la sanción de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en mayo de 2004, la decisión de la Sala Constitucional de dicho Tribunal de junio de 2005, en la cual designó a los miembros de la Comisión de Reestructuración y Funcionamiento del Poder Judicial.

1. *La intervención constituyente del Poder Judicial*

En efecto, la Asamblea Nacional Constituyente electa en 1999, luego de intensos debates judiciales¹³, al instalarse en agosto de ese año, se auto atribuyó el carácter de “poder originario” y con ello, potestades públicas por encima de la Constitución de 1961¹⁴, asumiendo la tarea

¹² Véase Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004, documento preparado para las XXX Jornadas J.M. Domínguez Escobar sobre "Administración de Justicia y Derechos Humanos", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto, enero 2005, publicado en el libro: XXX Jornadas J.M Domínguez Escobar, *Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto 2005, pp.33-174.

¹³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción”, en *Revista de Derecho Público*, N° 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 453 y ss.

¹⁴ Con ello se comenzó a ejecutar el golpe de estado constituyente. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, UNAM, México,

de intervenir los Poderes Públicos constituidos¹⁵. Para ello comenzó dictando un “Decreto mediante el cual se declaró la reorganización de todos los órganos del Poder Público” de fecha 12 de agosto de 1999¹⁶ el cual fue seguido por el “Decreto mediante el cual se regulan las funciones del Poder Legislativo”¹⁷, con el cual se materializó jurídicamente el golpe de Estado dado por la Asamblea Nacional Constituyente, al violar la Constitución de 1961, extinguir un órgano constitucional constituido y electo como era el Congreso, intervenir sus funciones legislativas, limitar la autonomía de los Estados y Municipios y lesionar la autonomía de las Contralorías. Una semana después, la misma resolvió declarar “al Poder Judicial en emergencia” (art. 1º), creando una “Comisión de Emergencia Judicial”, la cual asumió el proceso de intervención del mismo¹⁸, que no ha cesado hasta el presente, con atribuciones hasta para evaluar del desempeño de la propia Corte Suprema de Justicia (arts. 3,3 y 4), incluso la destitución y suspensión de jueces y funcionarios judiciales y la designación de suplentes o conjueces para sustituir a los jueces destituidos o suspendidos (art. 8).

Dicha declaratoria de Emergencia Judicial tendría vigencia hasta que se sancionara la nueva Constitución (art. 32). Sin embargo, fue *sine die* por la falta del Tribunal Supremo de Justicia en asumir el gobierno

2002. Como ha señalado Lolymer Hernández Camargo, con la aprobación del Estatuto “quedó consumada la inobservancia a la voluntad popular que le había impuesto límites a la Asamblea Nacional Constituyente... Se auto proclamó como poder constituyente originario, absoluto e ilimitado, con lo cual el Estado perdió toda razón de ser, pues si se mancilló la voluntad popular y su manifestación normativa (la Constitución), no es posible calificar al Estado como de derecho ni menos aun democrático”, en *La Teoría del Poder Constituyente. Un caso de estudio: el proceso constituyente venezolano de 1999*, UCAT, San Cristóbal 2000, p. 73.

¹⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999, Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 99 y ss.

¹⁶ *Gaceta Oficial* N° 36.764 de 13-08-99.

¹⁷ *Gaceta Oficial* N° 36.772 de 25-08-99

¹⁸ *Gaceta Oficial* N° 36.772 de 25-08-99 reimpresso en *Gaceta Oficial* N° 36.782 de 08-09-99.

judicial conforme a la competencia que le asignó la nueva Constitución de 1999 (art. 267), así como por la prórroga de la transitoriedad por obra de la Asamblea Nacional, dada su propia omisión en dictar las leyes necesarias. El Tribunal Supremo de Justicia, a partir de enero de 2000, fue complaciente con la forma irregular de intervención del Poder Judicial, y se abstuvo deliberadamente de asumir sus propias funciones. La transitoriedad, incluso, fue formalmente prorrogada en mayo de 2004, con la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia¹⁹.

Con fundamento en este Decreto se produjo la intervención del Poder Judicial, se destituyeron y suspendieron centenares de jueces con precaria garantía al derecho a la defensa, se designaron jueces suplentes e interinos sin sistema alguno de selección que no fuera la sola voluntad del designante, con lo cual el Poder Judicial quedó signado por la provisionalidad y temporalidad, con su secuela de dependencia respecto del nuevo Poder, sin que se hubiera realizado concurso alguno para la selección de jueces²⁰.

Además, la Asamblea Nacional Constituyente dictó otro Decreto mediante el cual confirió facultades a la Comisión de Emergencia Judicial “hasta el 16 de diciembre del presente año” (1999) para reglamentar el plan de evaluación de los jueces, determinar la permanencia o sustitución de los mismos y el régimen de selección y concursos (art. único)²¹.

¹⁹ *Gaceta Oficial* N° 37.942 de 19-05-2004. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos*, Editorial Jurídica de Venezolana, Caracas 2004.

²⁰ Casi dos años después, en agosto de 2001, Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia admitían que más del 90% de los jueces de la República eran provisionales. Véase *El Universal*, Caracas 15-08-01, p. 1-4. En mayo de 2001 otros Magistrados del Tribunal Supremo reconocían el fracaso de la llamada “emergencia judicial”. Véase *El Universal*, Caracas 30-05-01, p. 1-4.

²¹ *Gaceta Oficial* N° 36.832 de 18-11-99

El resultado de toda esta intervención del Poder Judicial fue la designación indiscriminada de “nuevos” jueces sin concursos, quedando dependientes del nuevo Poder que los había designado.

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, en fecha 23 de agosto de 1999, y con motivo de la decisión de la Asamblea de intervenir el Poder Judicial, adoptó un desafortunado Acuerdo²², en el cual fijó posición ante el Decreto de Reorganización del Poder Judicial dictado por la Asamblea Nacional Constituyente; y sobre la designación de uno de sus propios magistrados como integrante de la ilegítima Comisión de Emergencia Judicial. Con dicho Acuerdo, en definitiva la Corte Suprema de Justicia se habría decretado su extinción, lo que ocurrió, de hecho, tres meses después.

2. *La continuación de la intervención del Poder Judicial con la anuencia del Tribunal Supremo de Justicia*

La Constitución de 30 de diciembre de 1999, que había sido aprobada por referéndum el 15 de diciembre de 1999, estableció que para el gobierno y administración del Poder Judicial, el Tribunal Supremo tendría una Dirección Ejecutiva de la Magistratura (art. 267); y en sus Disposiciones Transitorias, en materia judicial sólo se hizo una mención en la *Disposición Transitoria Cuarta*, a una “Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial”, la cual, sin embargo, para el momento de la aprobación referendaria de la Constitución no existía, pues la que existió durante el funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, como se dijo, había sido la Comisión de Emergencia Judicial; mención que se hizo únicamente a los efectos de que desarrolla-

²² Véanse nuestros comentarios sobre el Acuerdo, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea nacional Constituyente)*, Tomo I, Fundación de Derecho, Caracas 1999, pp. 141 y ss. Véanse además, los comentarios de Lolymar Hernández Camargo, *La Teoría del Poder Constituyente*, cit, pp. 75 y ss.

se transitoriamente el “sistema de defensa pública” hasta que se dictase la ley respectiva.

Dicha Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, sin embargo, fue irregularmente creada mediante un decreto dictado por la Asamblea nacional Constituyente, después de que la Constitución fuera aprobada por referéndum, denominado Decreto del Régimen de Transición del Poder Público (art. 27) dictado 22 de diciembre de 1999²³, en el cual se dispuso que mientras el Tribunal Supremo organizaba su referida Dirección Ejecutiva de la Magistratura, el gobierno y administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los Tribunales, y todas las competencias que la legislación para ese momento vigente atribuían al antiguo Consejo de la Judicatura, serían ejercidas por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (art. 21).

La Asamblea Nacional Constituyente así, incluso para después de que la nueva Constitución entrara en vigencia, le confiscó una de sus nuevas funciones al Tribunal Supremo de Justicia, cuyos miembros había designado, y se la atribuyó a una “Comisión” creada y designada por la propia Asamblea y ni siquiera por el nuevo Tribunal Supremo; situación irregular que el propio Tribunal Supremo de Justicia aceptó resignadamente por más de un lustro.

Por otra parte, la disposición del artículo 23 del Decreto del 22 de diciembre de 1999 constituía una verdadera “Disposición Transitoria constitucional” que debió haber sido incorporada en las de la propia Constitución, la cual, sin embargo dictó la Asamblea en evidente usurpación de autoridad (la del pueblo), disponiendo que la competencia disciplinaria judicial que correspondía a los tribunales disciplinarios de conformidad con lo que se regula en el artículo 267 de la Constitución

²³ Véase en *Gaceta Oficial* N° 36859 de 29-12-99. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano, cit.*, pp. 1017 y ss.

recién aprobada, sería ejercida por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, y no por los jueces:

De acuerdo con el presente régimen de *transición y hasta* que la Asamblea Nacional *apruebe la legislación* que determine los *procesos y tribunales* disciplinarios.

Sin embargo, conforme a la nueva Constitución sólo los jueces podían ejercer la función disciplinaria judicial (art. 253), por lo que era totalmente ilegítimo y contrario a la garantía del debido proceso (art. 49), el atribuir funciones judiciales a una “Comisión” *ad hoc* como la mencionada, que no era ni es un Tribunal. Si se trataba de establecer, así fuera arbitrariamente, un régimen transitorio para la jurisdicción disciplinaria, las funciones judiciales que implica debieron atribuirse a tribunales o jueces preexistentes, y no a una “Comisión” *ad hoc*, pues ello, además, violaba la garantía del debido proceso y del juez natural que la nueva Constitución regulaba expresamente (art. 49).

Esta situación de absoluta transitoriedad y de inaplicación del texto constitucional, se prolongó por la omisión del mismo Tribunal Supremo hasta el 2 de agosto de 2000, cuando el mismo Tribunal dictó la “Normativa Sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial”, con la cual pretendió satisfacer el expreso mandato constitucional del artículo 267, supuestamente para “poner fin a la vigencia del régimen transitorio dictado por el Constituyente”.

En efecto, el artículo 1º de la referida Normativa el Tribunal Supremo dispuso la creación de “la Dirección Ejecutiva de la Magistratura como órgano auxiliar del Tribunal Supremo de Justicia, con la finalidad de que ejerza por delegación las funciones de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial”. Esta Dirección Ejecutiva de la Magistratura se erigió entonces como un órgano del Tribunal Supremo en el ejercicio de sus atribuciones relativas a la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, es decir, se trató de un órgano que

ejerce por delegación tales atribuciones que, se insiste, son propias de este Tribunal Supremo de Justicia.

Pero en materia de jurisdicción disciplinaria de los jueces, en el artículo 30 de la misma Normativa, el Tribunal Supremo, sin justificación ni competencia algunas, prorrogó la existencia y funcionamiento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración, que debía ser organizada en la forma que determinase el Tribunal Supremo de Justicia, la cual sólo tendría a su cargo luego de la vigencia de la referida Normativa, “funciones disciplinarias mientras se dicta la legislación y se crean los correspondientes Tribunales Disciplinarios”. Continuó así dicha Comisión en el ejercicio de funciones transitorias en materia disciplinaria; situación que fue nuevamente prorrogada por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de mayo de 2004²⁴, en cuya Disposición Transitoria Única, párrafo 2, e) se dispuso que:

- e) La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial sólo tendrá a su cargo funciones disciplinarias, mientras se dicte la legislación y se crea la jurisdicción disciplinaria y los correspondientes tribunales disciplinarios.

La norma constitucional que exige que “la jurisdicción disciplinaria judicial estará a cargo de los tribunales disciplinarios que determine la ley” (art. 267), por tanto, ha sido letra muerta durante la vigencia de la Constitución; años de vigencia durante los cuales los jueces no han tenido garantía alguna en cuanto a su estabilidad, y su permanencia en el Poder Judicial ha quedado a la merced de una Comisión “no judicial”.

Lamentablemente, el “activismo judicial” de la Sala Constitucional que la ha llevado, incluso, a juzgar de oficio la inconstitucionalidad de la omisión del Legislador, por ejemplo, en no haber sancionado la Ley

²⁴ Véase en *Gaceta Oficial* N° 37942 de 20-05-2004

Orgánica del Poder Municipal²⁵, no ha sido aplicado para tratar de obligar al legislador a dictar las leyes básicas para garantizar precisamente la autonomía e independencia del Poder Judicial, que el Tribunal Supremo administra y gobierna.

En todo caso, con posterioridad al Decreto sobre Régimen Transitorio que creó la mencionada Comisión, la Asamblea Nacional Constituyente dictó otros dos Decretos el 18 de enero de 2000 en relación con el Poder Judicial, también “en ejercicio del poder soberano constituyente originario”, que fueron el relativo a la designación del Inspector de Tribunales²⁶, y el relativo a la designación de los miembros de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial²⁷.

Por otra parte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 255 de la Constitución, el ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces se debe hacer por concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los participantes y serán seleccionados por los jurados de los circuitos judiciales, en la forma y condiciones que establezca la ley. El nombramiento y juramento de los jueces corresponde al Tribunal Supremo de Justicia. La ley debe garantizar la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces. Los jueces sólo pueden ser removidos o suspendidos de sus cargos mediante los procedimientos expresamente previstos en la ley.

Esta norma, sin embargo, también ha sido letra muerta en el Poder Judicial en Venezuela desde la intervención del Poder Judicial por la Asamblea Nacional Constituyente en 1999, mediante la Comisión de Emergencia Judicial. Dicha Comisión y su sucesora, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial creada en el

²⁵ Véase la sentencia N° 3118 de 06-10-2003 en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, EJV, Caracas 2003. Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo II, *cit.*, pp. 970 y ss.

²⁶ *Gaceta Oficial* N° 36.878 de 26-01-00

²⁷ *Gaceta Oficial* N° 36.878 de 26-01-00

mencionado Régimen de Transición del Poder Público el 22 de diciembre de 1999, en efecto, destituyeron cientos de jueces en el país, extinguiendo la garantía de la estabilidad de los jueces. La Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia nombrada en agosto de 2000, que comenzó a funcionar en paralelo con la Comisión de Funcionamiento, además, continuó la política de estructurar un Poder Judicial integrado por jueces provisionales o temporales, los cuales han llegado a conformar más del 90% del universo de los jueces, quienes han quedado dependientes y vulnerables a las presiones del poder²⁸, habiendo materialmente desaparecido la autonomía e independencia del Poder Judicial. Además, los concursos públicos para la designación de los jueces que se habían instituido en 2000, fueron suspendidos a partir de comienzos de 2003; y la destitución de los jueces sin fórmula de juicio ni derecho a ser oídos, sigue siendo la regla.

3. *La inconstitucional violación del régimen constitucional de la remoción de los Magistrados del Tribunal Supremo*

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 265 de la Constitución, los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia pueden ser removidos por la Asamblea Nacional mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado, en caso de faltas graves que sean previamente calificadas por el Poder Ciudadano, en los términos que la ley establezca. Esta, sin duda, es una ingerencia no conveniente ni aceptable de la instancia política del Poder en relación con la Administración de Justicia, pero así quedó plasmada en la Constitución, limitando indebidamente la independencia del Poder Judicial.

²⁸ Véase lo indicado en el Informe *Manipulando el Estado de Derecho: Independencia del Poder Judicial amenazada en Venezuela*, Human Rights Watch, junio de 2004, Vol. 16, N° 3 (B), p. 11, donde se habla incluso de los “jueces desechables”.

Ello se agravó en mayo de 2004, cuando la Asamblea Nacional sancionó la muy esperada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia²⁹, con la cual no sólo se aumentó el número de magistrados del Tribunal Supremo, consolidándose el control del mismo por el Poder Ejecutivo, sino que se aumentó la dependencia de los magistrados al haberse regulado en forma inconstitucional la posibilidad de su remoción con el voto de la Asamblea por mayoría absoluta.

En efecto, el artículo 23 párrafo 3º de la Ley Orgánica, conforme lo dispone la Constitución reitera que los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia pueden ser removidos de sus cargos, en casos de faltas graves, por la Asamblea Nacional, previa la solicitud y calificación de las faltas que realizare el Poder Ciudadano, en cuyo caso, la remoción debe ser acordada por una mayoría calificada de las 2/3 partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, previa audiencia del Magistrado. Conforme a la Ley Orgánica, a partir del momento en que el Poder Ciudadano califique la falta como grave y solicite la remoción por unanimidad, el Magistrado queda suspendido del cargo, hasta la decisión definitiva de la Asamblea Nacional. En todo caso, basta leer la enumeración de los supuestos de falta grave, para constatar lo precaria que en definitiva resulta la estabilidad de los magistrados, cuya permanencia en sus funciones queda a la merced de la mayoría calificada de la Asamblea Nacional.

Sin embargo, la exigencia constitucional de una mayoría parlamentaria de las 2/3 partes de los diputados integrantes de la Asamblea (Art. 265), por supuesto, en una situación de extrema polarización política, hace muy difícil a la Asamblea poder proceder a remover a los magistrados que pudieran ser incómodos al Poder político, por lo que

²⁹ Véase en *Gaceta Oficial* N° 37942 de 20-05-2004. Véase sobre dicha Ley, véase Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso-administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004

la Asamblea, en un evidente fraude a la Constitución “inventó” otra causal de remoción de los magistrados, que denominó como “anulación del nombramiento de los Magistrados”, la cual se puede adoptar con mayoría absoluta, en lugar de la mayoría calificada que exige la Constitución.

Esta inconstitucional potestad, por supuesto, fue ejercida en forma inmediata por la Asamblea Nacional, el 15 de junio de 2004, al aprobar un informe de una Comisión que investigaba la crisis en el Poder Judicial, en el cual se recomendó a “anular” el acto el nombramiento del Magistrado Vicepresidente del Tribunal Supremo, “en razón de haber suministrado falsa información para el momento de la aceptación de su postulación para ser ratificado en ese cargo”³⁰. La Sala Constitucional, en todo caso, convenientemente no extendió la protección constitucional de amparo que había otorgado al Magistrado, con ocasión de una decisión de la Asamblea Nacional contra el mismo el 3 de diciembre de 2002³¹.

4. *La regularización de la inexistencia de la jurisdicción disciplinaria judicial*

Pero la intervención y emergencia permanente del Poder Judicial, que ha conducido a que las normas constitucionales no lleguen a aplicarse, ha afectado particularmente la estabilidad de los jueces.

En efecto, conforme a la Constitución, la jurisdicción disciplinaria judicial debe estar a cargo de tribunales disciplinarios que deben ser determinados por la ley (art. 267); y el régimen disciplinario de los magistrados y jueces debe estar además fundamentado en el *Código de Ética del Juez Venezolano*, que debe dictar la Asamblea Nacional. En

³⁰ Según la investigación parlamentaria, el Magistrado no habría tenido 15 años como profesor universitario titular, ni tampoco estudios de postgrado. Véase la información en *El Nacional*, Caracas, 16-06-2004, p. A-5.

³¹ Véase la información en *El Nacional*, Caracas, 18-06-2004, p. A-4.

cuanto al procedimiento disciplinario, la Constitución exige que debe ser público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley.

En esta materia, sin embargo, la ausencia de desarrollo legislativo de la Constitución ha hecho prolongar la transitoriedad constituyente, que origina la emergencia judicial, violándose abiertamente la Constitución, con lo cual la estabilidad e independencia de los jueces es inexistente; todo ello, con la anuencia del propio Tribunal Supremo de Justicia.

Incluso, como se detalla en la sentencia de la Sala Plena N° 40 de 15 de noviembre de 2001, el artículo 22 del Régimen de Transición del Poder Público había dispuesto que mientras el Tribunal Supremo de Justicia no organizase a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (prevista, en el artículo 267 constitucional), las competencias relativas a “inspección y vigilancia de los Tribunales” serían ejercidas por la “Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial” que la Asamblea había establecido. Además, el artículo 29 del mismo Régimen estableció que la Inspectoría General de Tribunales -hasta ese entonces organizada y regida por las normas de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura- sería un órgano auxiliar de la nombrada Comisión, en la inspección y vigilancia de los Tribunales de la República con facultades para la instrucción de los expedientes disciplinarios de los Jueces y demás funcionarios judiciales. Asimismo, dispuso dicha norma que el Inspector General de Tribunales y su suplente, serían designados por la Asamblea Nacional Constituyente, con carácter provisional hasta el funcionamiento efectivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

Ahora bien, como se ha dicho, el 2 de agosto de 2000 el Tribunal Supremo de Justicia, actuando en acatamiento de lo ordenado en el artículo 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dictó la “Normativa Sobre la Dirección, Gobierno y Administración del

Poder Judicial”, con lo que se buscó, como lo afirmó el Supremo Tribunal en la sentencia No. 40, la parcial satisfacción de un expreso mandato constitucional (artículo 267), pues la “emergencia” continuó en cuanto al régimen disciplinario de los jueces. La propia Sala Plena resumió argumentó la continuación de la emergencia, así:

De otra parte, el artículo 30 de la misma Normativa establece que “[l]a Comisión de Funcionamiento y Reestructuración organizada en la forma que lo determine el Tribunal Supremo de Justicia, sólo tendrá a su cargo [luego de la vigencia de esta Normativa] funciones disciplinarias mientras se dicta la legislación y se crean los correspondientes Tribunales Disciplinarios”. Ha quedado así esta Comisión en el ejercicio de funciones transitorias en la materia antes indicada³².

Pero lamentablemente, como se ha dicho, al dictarse la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de mayo de 2004, lejos de cesar la emergencia, se prorrogó una vez más al disponerse en la Disposición Transitoria Única, párrafo 2, e) que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial seguiría ejerciendo las funciones disciplinarias, “mientras se dicte la legislación y se crea la jurisdicción disciplinaria y los correspondientes tribunales disciplinarios”.

De lo anterior resulta, por tanto, que ha sido el Legislador, con la anuencia del propio Tribunal Supremo de Justicia, el que ha legislado para no legislar, prorrogando en consecuencia la emergencia en el ámbito del régimen disciplinario del Poder judicial.

En esta materia, además, la Sala Constitucional no ha demostrado activismo judicial alguno, y lejos de declarar la inconstitucionalidad de la omisión Legislativa, lo que ha hecho es asumir la dirección de la emergencia al haber removido, a comienzos de junio de 2005, a los miembros de la Comisión de Funcionamiento y Reorganización del Sistema Judicial y haber designado a los nuevos integrantes de dicho órgano interventor, para que continúe la emergencia.

³² Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 159 y ss.

En esta materia, por tanto, el contraste entre la normativa constitucional y la realidad política es patético: hay un régimen constitucional de los estados de excepción, que no se ha usado formalmente; y hay una serie de garantías constitucionales de la autonomía e independencia del Poder Judicial que no existen en la práctica, por la implantación de una anormal situación de “emergencia judicial” construida por la Asamblea Nacional y por el propio Tribunal Supremo de Justicia, órganos que han suspendido fácticamente la aplicación de la Constitución en lo que se refiere al régimen disciplinario de los jueces y, por tanto, en cuanto a la estabilidad de los mismos, sin lo cual no puede hablarse ni de autonomía ni de independencia judicial.