

**LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO REFORMANDO LEYES Y
COMO JURISDICCION CONSTITUCIONAL, AUTOPROCLAMÁNDOSE, SIN LÍMITES,
COMO LEGISLADOR POSITIVO**

Publicado en *Revista de Derecho Público*, No 128 (octubre-diciembre 2011), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 197-204

Allan R. Brewer-Carías

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con motivo de decidir una aclaratoria solicitada por la Defensora del Pueblo respecto del contenido de la sentencia No. 163 del 28 de febrero de 2008,¹ que declaró parcialmente con lugar el recurso de nulidad por inconstitucionalidad interpuesto contra el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, mediante sentencia N° 1683 de 4 de noviembre de 2008 (Caso: Defensoría del Pueblo),² para declarar sin lugar la aclaratoria solicitada procedió a establecer las bases de lo que podría considerarse, por lo que afirmó la Sala, primero, como la “obsolescencia” del principio de la separación de poderes, y segundo, la mutación constitucional proclamando abiertamente su rol de Legislador positivo no previsto en la Constitución.

I

En efecto, en la sentencia No. 163 del 28 de febrero de 2008, la Sala Constitucional anuló parcialmente los cardinales 3 y 7 del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, declarando que la Defensoría Pública estaría adscrita al Tribunal Supremo de Justicia, a cuyo efecto la Sala procedió a establecer como quedaron redactados dichos artículos.

La Constitución de 1999 de 1999 hizo referencia a la Defensa Pública en tres normas: Primero, en el artículo 253 donde se la enumera dentro de los órganos e instituciones integrantes del “sistema de justicia”; segundo, en el artículo 267 en el cual se indica que corresponde al Tribunal Supremo de Justicia “la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas”; y tercero, en el artículo 268, en el cual se indica que “la ley establecerá la autonomía y organización, funcionamiento, disciplina e idoneidad del servicio de defensa pública, con el objeto de asegurar la eficacia del servicio y de garantizar los beneficios de la carrera del defensor o defensora.” El Sistema Autónomo de la Defensa Pública fue creado transitoriamente en 2000³ por la ahora (desde 2010) extinta Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, como servicio adscrito a la misma, y solo fue regulado por la Asamblea Nacional en 2007 mediante la Ley Orgánica de la Defensa Pública.⁴

La Ley Orgánica reconoce la autonomía del Servicio, pero en su artículo 3 lo adscribe a la Defensoría del Pueblo, que es un órgano perteneciente al Poder Ciudadano. Esta circunstancia originó que dicha norma fuese impugnada por ante la Sala Constitucional, por un grupo de funcionarios de la Defensoría Pública, por considerarse que violaba los mencionados artículos 253 y 267 constitucionales, resultando la mencionada sentencia No. 163 del 28 de febrero de 2008 de la Sala Constitucional en la cual se consideró que como la Defensoría del Pueblo no era parte del sistema judicial pues no estaba enumerada en el artículo 253, la adscripción de la Defensoría Pública, que si era parte integrante del sistema de justicia, a la misma, era inconstitucional. La Sala Constitucional, en definitiva, dado que la Defensa Pública está en la Constitución dentro del Poder Judicial, y sometida a la inspección y vigilancia del Tribunal Supremo de Justicia, consideró que “no puede estar adscrita a ningún Poder o ente que no pertenezca a dicho sistema de justicia.”

De ello resultó la declaratoria de nulidad parcial del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, “pues al establecer la adscripción orgánica de la Defensa Pública a la Defensoría de Pueblo, órgano del Poder Ciudadano, desconoció la preeminencia -constitucionalmente conferida- al Tribunal

¹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/163-280208-07-0124.htm>

² RDP, No. 116, pp. 222 ss.

³ Véase Resolución No. 1.191 del 16 de junio de 2000, publicada en Gaceta Oficial No. 37.024 del 29 de agosto de 2000

⁴ Véase Gaceta Oficial No. 38.595 del 2 de enero de 2007

Supremo de Justicia,” procediendo la Sala a indicar pura y simplemente, como “efecto de la nulidad parcial decretada,” que el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, a reformar la Ley indicando que la norma “queda redactado” en otra forma, indicando que la Defensoría Pública está “*adscrita al Tribunal Supremo de Justicia, al cual le corresponde su inspección y vigilancia.*”

En esta forma, la Sala Constitucional al reformar el artículo, dándole una nueva redacción, consideró igualmente inconstitucionales otras normas “en virtud de la adscripción orgánica de la Defensa Pública al Tribunal Supremo de Justicia” que la propia Sala del Tribunal había “decretado,” procediendo entonces a declarar “la nulidad parcial” de los artículos 11, 12, 13 y 15 numerales 5 y 7 de la Ley.

En cuanto a los artículos 11, 12 y 13 de la Ley, en ellos la Asamblea Nacional había establecido que la designación y remoción del Director de la defensoría Pública se debía “efectuar por la mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional;” el procedimiento para la designación y además, que el mismo podía ser removido “por la Asamblea Nacional, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes, por iniciativa propia de ésta o a instancia del Defensor del Pueblo.” El texto de estas normas era el siguiente:

“Artículo 11. Autoridad que la dirige y duración en el cargo. El Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva ejercerá sus funciones por un período de cuatro años. Su designación y remoción se efectuará por la mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional.

El Despacho del Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva tendrá su sede en la Capital de la República.

Artículo 12. Designación por elección. La Asamblea Nacional, sesenta días antes del vencimiento del período para el cual fue designado el Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensoría Pública y sus dos suplentes, convocará un Comité de Evaluación de Postulaciones, el cual estará presidido por el Defensor del Pueblo e integrado además, por representantes de diversos sectores de la sociedad. El mecanismo de selección de estos últimos estará a cargo de la Asamblea Nacional.

Este Comité adelantará un proceso público de cuyo resultado se obtendrá el listado de aspirantes que cumplan con los requisitos para el cargo de Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensoría Pública, para ser presentado a la Asamblea Nacional, dentro de los treinta días hábiles siguientes al inicio del respectivo proceso. La Asamblea Nacional, a partir de la fecha de recepción del listado de aspirantes, escogerá en un lapso no mayor de treinta días continuos, al o a la titular de la Defensoría Pública y sus dos suplentes, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes”.

“Artículo 13. Remoción. El Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensoría Pública podrá ser removido o removida por la Asamblea Nacional, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes, por iniciativa propia de ésta o a instancia del Defensor del Pueblo”.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo entonces argumentó que:

“como quiera que el servicio de la Defensa Pública depende orgánicamente del Tribunal Supremo de Justicia, le corresponde a éste, como máximo órgano rector del Poder Judicial, en Sala Plena, por ser su órgano directivo, la designación por elección y remoción del Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensa Pública.”

Y en consecuencia procedió a “modificar el procedimiento establecido en los ya referidos artículos 11, 12 y 13 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública,” copiándolos íntegramente, cual Legislador, establecido que la designación y remoción del Director de la Defensoría Pública se debía “efectuar por la mayoría absoluta de los integrantes de la *la Sala Plena del tribunal Supremo de Justicia;*” el procedimiento para la elección, y además, que el mismo podía ser removido “*por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes,*” Como lo dijo el Magistrado que emitió el Voto disidente en el fallo, la sentencia “no se limitó a la modificación de la referencia al órgano con competencia para la designación y remoción del Director Ejecutivo de la Defensa Pública, sino que, además, modificó, sin mayor justificación, el modo en que ha de hacerse esa designación.” El Magistrado disidente destacó que con la sentencia se:

“modificó el mecanismo que preceptuaba el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública para la selección de quien deba ser designado Director Ejecutivo de ese Servicio, mecanismo que tenía,

como fundamento, el ejercicio del derecho a la participación política de los ciudadanos que recogió el artículo 62 de la Constitución.”

Con esta violación al derecho a la participación política de los ciudadanos, el nuevo texto de las normas decretado por la Sala es el siguiente:

“Artículo 11. Autoridad que la dirige y duración en el cargo. El Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva ejercerá sus funciones por un período de cuatro años. Su designación y remoción se efectuará por la mayoría absoluta de los integrantes de la Sala Plena del tribunal Supremo de Justicia

El Despacho del Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva tendrá su sede en la Capital de la República.

Artículo 12. Designación por elección. El Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena, previo listado de aspirantes que cumplan con los requisitos para el cargo de Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensoría Pública, escogerá al o a la titular de la Defensoría Pública y sus dos suplentes, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes.

Artículo 13. Remoción. El Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensoría Pública podrá ser removido o removida por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes”.

La Sala Constitucional, además, procedió a modificar -reformar- los numerales 5 y 7 del artículo 15 de la Ley en lo relativo a la obligación por parte del Director Ejecutivo de la Defensoría Pública, de consignar el proyecto de presupuesto de la Defensa Pública y presentar el informe anual de su gestión, a la Defensoría del Pueblo; lo cual fue cambiado y en lugar de a la Defensoría del Pueblo, la Sala dispuso que dicha presentación debe hacerse a la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, copiando el texto íntegro del nuevo artículo 15 de la Ley.

Sin duda, la sala Constitucional se excedió en su control de constitucionalidad, procediendo abiertamente a actuar como legislador, reformando varios artículos de la ley, dándoles una nueva redacción introduciendo modificaciones sustantivas sobre aspectos respecto de los cuales no había siquiera ningún cuestionamiento de constitucionalidad, y cercenando más bien un derecho ciudadano. La Sala Constitucional, por lo demás, no reformó la ley ni dictó las nuevas normas para garantizar derecho constitucional alguno.

II

Fue precisamente respecto de esta sentencia que sin duda entra en los anales de la patología de la justicia constitucional, que la Defensora del Pueblo solicitó de la Sala Constitucional la aclaratoria de la misma, argumentando para fundamentar su solicitud de aclaratoria, extensamente sobre *“un pretendido y excesivo ejercicio de potestad normativa asumida por la Sala Constitucional, contraviniendo el Texto Constitucional, y su propia directriz de actuación, procedió a modificar el contenido original de la norma,”* denunciando que la Sala había extendido su pronunciamiento *“a la modificación de otros dispositivos de ley que estimó estrechamente vinculados a la nulidad”* y en un consecuente *“ejercicio legislativo”* modificó las normas relativas a *“la designación y remoción del Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Defensa Pública, contenidas en los artículos 11, 12 y 13 que establecen, conforme a la decisión de la Asamblea Nacional en el ejercicio de la potestad delegada por el Pueblo.”*

Después de proceder a realizar una interpretación amplia del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil que se refiere al lapso para solicitar aclaratorias de sentencias, de manera de poder conocer de las mismas cuando se trata de sentencias de efectos *erga omnes* como las relativas a *las causas donde se ventilan derechos e intereses difusos o colectivos*, a las sentencias de nulidad de las leyes por inconstitucionalidad, la Sala Constitucional y a las decisiones dictadas con ocasión de una interpretación de una norma constitucional. En cuanto a las sentencias anulatorias, la Sala consideró que por sus efectos *erga omnes*, *“no recaen únicamente a favor o en contra de los que realmente se constituyeron en partes en el proceso sino que pueden verse afectados ciudadanos que no actuaron en juicio y respecto de los cuales pudieran haber imprecisiones en el fallo objeto de aclaratoria en relación con su situación particular, debido a que sus argumentos no fueron debatidos en el proceso, justamente, por no ser partes.”*

La Sala, sin embargo, frente a la solicitud de la Defensora del Pueblo, indicó que la aclaratoria de sentencias debe circunscribirse únicamente a la rectificación de los posibles errores materiales en que puede incurrir el juez previstos en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil (error o cálculo

numérico, errores de copia o referencias, omisión o puntos oscuros), y en modo alguno “puede afectar la seguridad jurídica ni constituirse en un medio de impugnación tendente a efectuar un nuevo análisis de los argumentos expuestos por las partes en el juicio,” considerando que en el caso concreto, la Defensora del Pueblo lo que pretendía era “obtener un nuevo pronunciamiento por no compartir los argumentos expuestos por esta Sala en el fallo objeto de aclaratoria;” particularmente por el alegato de que la sentencia había sido producto de un “*pretendido y excesivo ejercicio de potestad normativa asumida por la Sala Constitucional, contraviniendo el Texto Constitucional, y su propia directriz de actuación.*” Como consecuencia, la Sala declaró improcedente la aclaratoria solicitada, para lo cual la Sala, dado que la Defensora del Pueblo había osado cuestionar “la extralimitación -a su decir- en el ejercicio de la potestad normativa de esta Sala, ‘*contraviniendo el Texto Constitucional,*’” procedió a construir una doctrina sobre sus poderes “legislativos,” o de la legitimidad de su actuación en general, como “legislador positivo.”

Para ello, la Sala Constitucional comenzó rememorando el origen del sistema de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, afirmando que en Venezuela, la jurisdicción constitucional resultante, conforme al artículo 215 de la Constitución de 1961, era ejercida:

“por la otrora Corte Suprema de Justicia en pleno, la cual se limitaba al ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad siguiendo el modelo de Kelsen, contenido por primera vez en la Constitución austríaca de 1920. Dicho modelo de control concentrado se caracterizaba principalmente, por constituir un sistema especializado, cuyas decisiones son de efectos *erga omnes, ex nunc* y tienen el valor de cosa juzgada.”

En efecto, el modelo de justicia constitucional austríaca se caracteriza por ser un sistema abstracto y principal, pues se realiza un examen genérico de compatibilidad lógica entre la Constitución y la ley en cuestión, sin detenerse en el conflicto material concreto subyacente. Otro rasgo característico de dicho sistema es la especialización respecto del órgano jurisdiccional -tribunal constitucional- que monopoliza el rechazo de la ley y su anulación por contravenir postulados constitucionales. Siendo ello así, no cabe duda de que el órgano jurisdiccional llamado a ejercer el control de la constitucionalidad de la ley en estos términos se convierte en un legislador negativo.”

III

En contraste con ese rol, la Sala Constitucional pasó a argumentar que en la Constitución de 1999, en cambio, dado lo “novedoso” del “órgano al cual corresponde el ejercicio de la jurisdicción constitucional, la competencia en materia de control concentrado de la constitucionalidad “se ve en gran modo ampliada” colocando a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia “con las atribuciones que anteriormente poseía la Corte en Pleno para el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad,” y además, otorgándole “novedosas competencias enmarcadas bajo el principio de supremacía y fuerza normativa de la Constitución” contenidas en los artículos 334 y 336 de la Constitución, que “ejerce de manera exclusiva como máxima y última intérprete del Texto Fundamental.”

A juicio de la Sala Constitucional, con la ampliación de sus competencias,

“la situación de ésta cambió radicalmente en lo que respecta a su competencia anulatoria como un simple legislador negativo, habida cuenta que no podría dicha Sala ejercer su rol como máxima garante del Texto Constitucional si se limita o circunscribe dicha labor únicamente a actuar como un legislador negativo; tampoco podría cumplir con el mandato constitucional de última intérprete de las normas fundamentales, bajo un esquema clásico de la absoluta separación de poderes, que no engrana, en modo alguno, con los valores superiores que propugna la Carta Magna de 1999.”

De esta afirmación, la sala Constitucional pasó a constatar que el clásico principio de la separación de poderes ya aparecía matizado en la Constitución de 1961, resultando “más que una separación absoluta de poderes” una “‘colaboración’ entre las distintas ramas del Poder Público,” resultando entonces ahora que dada la:

“existencia de una novedosa jurisdicción constitucional, la conservadora separación absoluta de poderes se plantea de una manera distinta, pues ante un Estado democrático, de Justicia y de Derecho, que propugna como valores superiores, entre otros, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y la preeminencia de los derechos humanos, no resulta acorde ni conveniente una concepción rígida y aislada respecto de la actividad ejercida por cada uno de los poderes públicos; antes por el contrario, no sólo se justifica sino que se hace necesaria la colaboración de los poderes entre sí, propugnando más bien una invasión de un poder sobre el otro, en aras de lograr la tutela efectiva y el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los justiciables.”

De lo anterior concluyó la Sala Constitucional afirmando que “con ocasión de las nuevas competencias” que le son atribuidas:

“en ejercicio de la jurisdicción constitucional, resulta evidente que la misma, más que un legislador negativo en los términos en que se concebía conforme al modelo clásico del control concentrado austríaco que tradicionalmente han ejercido los tribunales o cortes constitucionales, se erige como un legislador positivo, pues la declaratoria de nulidad de una norma por contravenir con la Constitución, ineluctablemente produce un vacío que lejos de garantizar la efectividad de las normas y principios constitucionales más bien haría nugatorio su ejercicio, habida cuenta que si bien se cumpliría con la obligación de los jueces de emitir respuesta a las pretensiones de los justiciables, sólo se aludiría a la eficacia de los órganos jurisdiccionales pero no a su efectividad, pues se consumaría una justicia formal mas no material.”

Es evidente que los Tribunales Constitucionales en el mundo contemporáneo, en muchas ocasiones, han actuado como legisladores positivos, particularmente en materia control de constitucionalidad para suplir temporalmente las omisiones del legislador cuando afectan derechos fundamentales, y en particular en materia de protección del derecho a la igualdad y a la no discriminación,⁵ pero de allí a afirmar que en general, los Tribunales Constitucionales se erigen en legisladores positivos, porque supuestamente el principio de la separación de poderes haya que desconocerlo por sea ahora algo “conservador.”

Incluso, la “ilustración” que la Sala aporta para argumentar sobre la necesidad de su labor en ejercicio de la jurisdicción constitucional “no solo como un legislador negativo sino también positivo,” se refiere exclusivamente a su competencia

“para conocer de la inconstitucionalidad por omisión del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución o las haya dictado en forma incompleta, para “*establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección*” (cardinal 7 del citado artículo 336).

Competencia que a decir de la Sala, la autoriza para en caso de que en el plazo fijado, el órgano legislativo no cumple con sus obligaciones, poder “ejercer competencias políticas o legislativas,” las cuales sin embargo considera de carácter temporal, “hasta tanto el órgano legislativo cumpla con el mandato constitucional” como la sala dijo haberlo resuelto en la sentencia No. 1043 del 31 de mayo de 2004 (caso: “*Freddy Alberto Pérez, en su condición de legislador del Consejo Legislativo del Estado Lara*”).

La Sala Constitucional luego pasó a razonar que los vacíos legislativos no sólo se derivaban de la declaración de inconstitucionalidad de la omisión legislativa, sino también como consecuencia de la declaratoria de nulidad de una norma por inconstitucional, lo que igualmente resulta en “una ausencia de regulación de un postulado fundamental,” de lo que resulta la necesidad de realizar una “labor integradora” para no dejar a la deriva “la efectividad de un derecho constitucional” cubriendo entonces “la ausencia normativa cuando ésta sea imprescindible para dotar un derecho fundamental de eficacia y hacer posible su ejercicio;” labor “labor productora e integradora de Derecho” que la Sala misma calificó como “legítima,” derivada de su obligación de “hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos constitucionales.”

Todas esas competencias, a juicio de la Sala Constitucional, “la alejan de un simple legislador negativo bajo el sistema clásico austríaco del control concentrado de la constitucionalidad, al anular, luego de un examen abstracto, la compatibilidad de una disposición con el Texto Constitucional,” estimando en cambio “que su labor como legislador positivo,” queda “evidenciada en el ejercicio de sus competencias al declarar una inconstitucionalidad por omisión o en un recurso de interpretación,” lo cual a juicio de la Sala “también se extiende a la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad.”

Todo lo anterior le sirvió a la Sala Constitucional para afirmar, pura y simplemente que:

“resulta innegable el replanteamiento del rol de la jurisdicción constitucional en el proceso de producción del derecho, habida cuenta de la legitimidad de la Sala Constitucional en los términos antes referidos, no sólo para anular o rechazar una disposición por colidir con la Constitución sino también para determinar su interpretación vinculante y establecer los lineamientos para el funcionamiento del órgano al que se refiere la norma fundamental o para su aplicación inmediata.”

En esta forma, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia desconoció el principio de la separación de poderes garantizado en el artículo 136 de la Constitución; violó el artículo 187.1 de la Constitución que asigna a la Asamblea Nacional la potestad de “legislar en las materias de la competencia nacional,” y el artículo 218 que reserva a la Asamblea la potestad de reformar las leyes, usurpando en esa forma dichas competencias, quedando la sentencia como ineficaz y nula conforme al artículo 138 de la

⁵ Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, 2011.

Constitución; y al autoproclamarse legislador positivo, reformó (mutó) ilegítimamente la Constitución. Y todo ello, sin que pueda ejercerse un control sobre la misma.

Con sentencias como esta, por supuesto, como sucede en cualquier régimen autoritario, la pregunta de siempre frente al poder incontrolado: *Quis Custodiet Ipsos Custodes?*,⁶ queda sin respuesta.

⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, “*Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación*”, en *Revista de Derecho Público*, No 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27. Publicado en *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, No. 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 47-79