

ESBOZOS DEL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DE UN PUENTE HACIA LA DEMOCRACIA EN VENEZUELA (2021-2022)

DRA. CLAUDIA NIKKEN*

* *Profesora de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela. Profesora en la Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello. Abogado de la Universidad Central de Venezuela. DEA (máster) en Derecho Público Interno de la Universidad Panthéon-Assas (París II). Doctora en Derecho de la Universidad Panthéon-Assas (París II). Miembro de la junta directiva de AVEDA. Miembro fundador de la Asociación de Juristas Franco-venezolanos (JURISFRAVEN).*

El 13 de agosto de 2021, en la Ciudad de México y con la facilitación del Reino de Noruega, se firmó un histórico memorando de entendimiento entre, por una parte, el así denominado Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y; por la otra, la Plataforma Unitaria de Venezuela, con el objetivo de “[l]legar a un acuerdo, a través de una negociación intensa, integral, incremental y pacífica, para establecer reglas claras de convivencia política y social, con respeto absoluto a la Constitución Nacional”¹.

Se trata de un documento histórico, por cuanto, desde que podemos reconocer como iniciada la crisis política en Venezuela luego de la asunción del poder por Hugo Chávez -¿diciembre de 2001?-, a pesar de los numerosos intentos de negociación para gestionarla, ninguno había sido precedido por un acuerdo político público, con una agenda definida, unas reglas y un objetivo común.

Ese acuerdo fue producto, a su vez, de conversaciones subterráneas que, según sus protagonistas, inició prácticamente cuando el último proceso conocido se dio por terminado, el cuarto trimestre de 2019². Cristalizó, ese proceso soterrado, a finales de julio de 2021 y se materializó en el mencionado memorando.

A partir de allí, *las partes*, visiblemente o no, al igual que un sinnúmero de instituciones, organizaciones y personalidades, han trabajado por que el proceso se desarrolle y, por supuesto, dé resultados. Las dificultades han sido, son y seguramente seguirán siendo muchas. Lo importante es que el objetivo común que se ha definido se mantenga: “[l]legar a un acuerdo, a través de una negociación intensa, integral, incremental y pacífica, para establecer reglas claras de convivencia política y social, con respeto absoluto a la Constitución Nacional”.

¹ El memorando de entendimiento fue publicado en la Gaceta Oficial N° extraordinario 6.637 de 17 de agosto de 2021. Puede verse en <https://badellgrau.com/2021/08/17/gaceta-oficial-nro-6-637-extraordinario-del-17-de-agosto-de-2021/>

² Se hace referencia al llamado proceso de Oslo – Barbados.

¿Por qué traigo este tema a colación para rendir homenaje a mi querido amigo Henrique Iribarren Monteverde?

La última vez que conversamos, este mismo año 2022, Henrique pretendía postularse como candidato para ocupar el cargo de magistrado del Tribunal Supremo de Justicia, en el marco de un procedimiento que se impuso de manera unilateral desde el poder³, en un *intermezzo* del proceso de diálogo y negociación que se ha venido apellidando *de México*, también impuesto unilateralmente en octubre de 2021⁴; siendo ese -el *Tribunal Supremo de Justicia*- el tema de fondo cuya discusión quedó en suspenso en aquel momento.

Conversamos porque me ha tocado participar directamente en el proceso de diálogo y negociación como secretaria ejecutiva de la delegación de la Plataforma Unitaria; porque esas postulaciones eran políticamente cuestionables y fueron (duramente) cuestionadas en el medio jurídico académico universitario y; en esencia, porque éramos amigos.

Henrique fue valiente al postularse basado en sus convicciones democráticas, y fue valiente al retirar su candidatura, por razones que no sabemos ni sabremos, pero que, tras su repentina y muy lamentable y dolorosa muerte, podemos inferir, al menos en parte.

Entonces, por ese punto de conexión, ese último punto de conexión que tuvimos, he querido rendirle homenaje contándole y, a través suyo, a los lectores, de qué se trata, jurídicamente, el trabajo que hemos venido haciendo desde hace más de un año, algunas veces en público y las más en privado, en el contexto del proceso de diálogo y negociación *de México* (con la prudencia y la discreción a las que estoy obligada).

Para comenzar por el final y darle un marco a lo que sigue, respondo rápidamente: lo que hacemos es construir o, al menos intentarlo, *un puente hacia la democracia en Venezuela*, con las herramientas de lo que se ha llamado “garantía popular de la constitución”⁵.

³ Sobre el inicio del proceso, Acceso a la Justicia, *El proceso de selección de los magistrados del TSJ avanza a todo vapor* (23.02.2022) ; puede verse en <https://accesoalajusticia.org/el-proceso-de-seleccion-de-los-magistrados-del-tsj-avanza-a-todo-vapor/>

⁴ Ver, por ejemplo, Alonso Moleiro, “El Gobierno de Maduro suspende las negociaciones con la oposición por la extradición de Alex Saab”, *El País* (Madrid), 16.10.2021; disponible en <https://elpais.com/internacional/2021-10-16/el-gobierno-de-maduro-rompe-las-negociaciones-con-la-oposicion-por-la-extradicion-de-alex-saab.html>

⁵ Ver Claudia Nikken, “La garantía popular de la ‘constitución’ (una nueva mirada sobre la resistencia contra la opresión, sus causas y consecuencias”, en Allan R. Brewer-Carías y

Garantía popular de la constitución es una expresión empleada por el Prof. Olivier Beaud para referirse a “la forma moderna de la resistencia a la opresión”, más concretamente, del derecho a la insurrección⁶.

Para profundizar en ese concepto, es conveniente comenzar por definir qué es la “garantía de la constitución”.

La garantía de la constitución consiste en “*asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales*”⁷, es decir, su compatibilidad o conformidad a la constitución, según corresponda.

Como puede inferirse, la garantía de la constitución tiende a la preservación (“conservación”) de la constitución en vigor, tanto si partimos de su aséptica noción normativista⁸, como si aplicamos otras ideas, en particular la noción de *constitución formal* que hemos desarrollado en otra parte, y que se refiere al bloque de la constitucionalidad, que recoge la *idea de base* de constitución: separación de poderes y garantía de los derechos humanos⁹. Se pone en marcha -o debe ponerse en marcha- cuando la *constitución formal* es vulnerada puntualmente y; en especial, cuando por la fuerza de las cosas lo que hemos llamado *constitución real*¹⁰ comienza a serle contraria o se hace incompatible con ella.

Carlos Ayala Corao (coord.), *Libro-Homenaje al Dr. Pedro Nikken*, T. II, ACIENPOL-EJV, Caracas, 2021, pp. 765-805.

⁶ Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, Col. Léviathan, PUF, París, 1994 p. 261.

⁷ Hans Kelsen, «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)», *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, LGDJ, París, 1928, p. 198.

⁸ Es decir, “*el conjunto de leyes cuya confección obedece a un procedimiento excepcional con relación al de la legislación ordinaria*”, Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Economica – PUAM, París – Marsella, 1986 (ed. de 1928), p. 4.

⁹ Claudia Nikken, “La garantía popular de la ‘constitución’...”, *cit*, p. 770. Allí se explica que, cuando hablamos de *constitución formal*, nos referimos al conjunto de normas escritas y no escritas que se incluyen en el bloque de la constitucionalidad de un Estado determinado, en tanto y en cuanto esas normas, como mínimo, aseguren la separación de poderes y garanticen los derechos humanos.

¹⁰ La *constitución real* consiste en el “conjunto de reglas que orientan efectivamente el comportamiento político”, que no tienen que estar necesariamente escritas y que, incluso, pueden ser implícitas (Juan Carlos Rey, “Problemas de la transición democrática y de la consolidación de la democracia en América Latina”, en Pedro Nikken (ed.), *Agenda para la*

En el marco de un Estado (democrático) de derecho, existen -o deberían existir- múltiples mecanismos de garantía de la constitución. De entre ellas, sobresale, por supuesto, la garantía judicial (o jurisdiccional) de la constitución, pero no es la única¹¹.

Desde el punto de vista institucional, entre otras posibles vías, aparecen lo que aquí llamamos “garantías políticas”, que tienen que ver fundamentalmente -aunque no únicamente- con la exigencia de la responsabilidad política, es decir, la pérdida de la investidura como consecuencia del desacuerdo que existe entre el funcionario de que se trate y el órgano o cuerpo ante el cual debe rendir cuentas¹², que va desde la remoción de un ministro o incluso de un simple funcionario hasta la revocatoria popular de un mandato, pasando por la disolución de un gobierno o un parlamento, e incluye la *no reelección*. A diferencia de la garantía jurisdiccional de la constitución, la *responsabilidad política* no está necesariamente destinada a garantizar la supremacía constitucional, pero es, sin duda, una herramienta útil al efecto.

Además, en una democracia, con las garantías institucionales, coexisten *garantías ciudadanas de la constitución*, las cuales no suponen acudir directamente a procesos y mecanismos que impliquen la intervención estatal, sino que se trata de manifestaciones de la *libertad* y, en consecuencia, de componentes de la *ciudadanía*, considerada como categoría jurídica. Por ello, también son *instrumentos* -ya no institucionales- que sirven o pueden servir como garantía de la constitución: la libertad de expresión y el derecho de manifestación.

En efecto, sin pretender sustituir las garantías institucionales de la constitución ni acudir a la idea de *opinión pública* de Schmitt como

consolidación de la democracia en América Latina, Serie Elecciones y Democracia, IIDH-CAPEL – Friederich-Naumann-Stiftung, San José, 1990, p. 351). La *constitución real* puede o no coincidir con la *constitución formal* y, las diferencias entre una y otra no se traducen necesariamente en la desnaturalización del régimen definido en la primera. Sin embargo, los regímenes autoritarios, especialmente en Latinoamérica, suelen contar con una *constitución formal* que parece recoger los principios del constitucionalismo moderno, pero que en realidad no es la aplicada por los *factores reales de poder*, sino que “sirve para ocultar la sordidez y abyección del orden político efectivo, y para proporcionar una apariencia de respetabilidad ante la opinión pública interna o internacional” (Juan Carlos Rey, ob. cit., p. 349).

¹¹ Claudia Nikken, “La garantía popular de la ‘constitución’...”, *cit.*, p. 771.

¹² Yves Lenoir, “La notion de responsabilité politique”, *Recueil Dalloz-Sirey*, II, París, 1966, p. 5.

forma de expresión del *poder constituyente*¹³, a través del ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a la manifestación se persigue -o puede perseguirse¹⁴- asegurar la *regularidad* constitucional de las funciones estatales, en la medida en que se ponen en marcha para señalar que la constitución *formal* es vulnerada o; que la constitución *real* comienza a serle contraria o se hace incompatible con ella¹⁵.

De lo últimamente expresado aparece el vínculo entre la *simple* garantía de la constitución y la *simplificada* resistencia contra la opresión, en tanto que una y otra sirven como vehículos no solo para denunciar, sino también para luchar contra situaciones que atentan contra la aquí llamada *constitución formal* (o la *idea base* de constitución), en especial contra los derechos humanos, como componente esencial de la misma.

Ahora bien, ¿qué es la resistencia contra la opresión?

Por supuesto que en este limitadísimo espacio es impensable traducir todas las reflexiones filosóficas, morales, jurídicas y otras que han pretendido responder esa pregunta, sea para afirmar su existencia como derecho (o deber), sea para demostrar su inexistencia o ineficacia¹⁶. Se parte de la base de que *existe* ese derecho, el cual, históricamente, se ha expresado a través de las luchas sociales que han cristalizado, entre otras cosas, en los derechos humanos -su reconocimiento, constitucionalización e internacionalización- y, más generalmente, en lo que conocemos como *Estado de derecho*¹⁷. Nadie podría negar eso, porque

¹³ Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, (trad. – prólogo Olivier Beaud), Col. Leviathan, PUF, París, 1993, p. 219.

¹⁴ Es de Perogrullo decir que la libertad de expresión y el derecho a la manifestación pacífica son mucho más que garantías ciudadanas de la constitución.

¹⁵ En ese sentido, como lo subrayó Pedro Nikken, “las posiciones de Martín Lutero con respecto a la libertad de conciencia en materia religiosa y el derecho a la desobediencia y a la resistencia frente a leyes injustas, siempre que ello se hiciera por causas correctas, son el anticipo de las luchas sociales por la libertad”. Cfr. Pedro Nikken, “Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos: la perspectiva del acceso a la justicia y la pobreza”, *Revista IIDH*, Vol 48, San José, p. 66; disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23706.pdf>.

¹⁶ “Las viejas cuestiones sobre la resistencia, acumuladas en hilo de los siglos, me parecen, por lo esencial, inoperantes”. Stéphane Rials, *Oppressions et résistances*, Col. Quadrige – Essais Débats, Quadrige - PUF, París, 2008, p. 57.

¹⁷ Pedro Nikken, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Seminario sobre derechos humanos – La Habana*, IIDH, San José, 1997, 1ª reimp. 1999, pp. 17-36; disponible en <https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/1995/seminario-ddhh-habana-1997.pdf>. Es interesante

la dignidad humana y, en consecuencia, los derechos inherentes a la persona no dependen de las coyunturas políticas de los Estados ni de los gobiernos¹⁸. De hecho, puede decirse que se trata de un componente del *derecho humano a la paz*, recogido en la Resolución 71/189 de la Asamblea General de la ONU, de fecha 19 de diciembre de 2016, que contiene la *Declaración sobre el Derecho a la Paz*¹⁹.

En efecto, a partir del texto de esa resolución y sus antecedentes²⁰, es posible afirmar que el derecho de resistencia contra la opresión consiste en resistir y oponerse a cualquier régimen que, entre otras cosas,

leer también a Carlos Sánchez Viamonte, “Revolución, resistencia a la opresión y derecho a la insurrección”, *Lecciones y Ensayos*, N° 1, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1956, pp. 35-42; disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/1/revolucion-resistencia-a-la-opresion-y-derecho-a-la-insurreccion.pdf>

¹⁸ Pedro Nikken, “El principio de progresividad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y efecto sobre Venezuela”, en *Venezuela y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, Universidad Monteávila, Caracas, 2011, p. 260.

¹⁹ El texto de la Resolución 71/189 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 19 de diciembre de 2016, puede verse en <http://aeditdh.org/wp-content/uploads/2017/03/N1645467.pdf>.

Sobre el valor de las declaraciones sobre derechos humanos, lo cual puede verse en: Pedro Nikken, “La fuerza obligatoria de la Declaración Universal de Derechos Humanos”. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela* N° 75, Caracas, 1990, pp. 329-349; Pedro Nikken, “La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno Derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista IIDH*, San José, mayo 1989 (número especial), pp. 65-99; Pedro Nikken, “La fuerza obligatoria de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, *Revista de Derecho Público* N° 32, Caracas, 1987, pp. 27-46.

²⁰ Se hace referencia en concreto a la Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz, aprobada en el *Congreso Internacional sobre el Derecho Humano a Paz* celebrado en Santiago de Compostela, con la intención de que la Asamblea General de las Naciones Unidas la hiciera suya. El texto completo puede verse en http://www.fes-madrid.org/media/1037_Human%20Right%20to%20Peace/Derecho%20Humano%20a%20la%20Paz_Declaracion%20de%20Santiago.pdf. Para conocer algunos detalles del proceso, puede verse <http://aeditdh.org/es/2017/01/30/la-asamblea-general-de-las-naciones-unidas-aprueba-la-declaracion-sobre-el-derecho-a-la-paz/>. También puede leerse Carmelo Faleh Pérez y Carlos Villán Durán (dirs.), *El derecho humano a la paz: de la teoría a la práctica*, Cideal, Madrid, 2013. Vale decir que Pedro Nikken escribió un artículo denominado “Encuentro entre las ‘Contribuciones regionales para una declaración universal del Derecho Humano a la paz’ y ‘La proclamación de la Declaración de Caracas sobre el Derecho Humano a la Paz’”, en *Frónesis: Revista de filosofía jurídica, social y política*, Vol. 18, N°. 1, 2011, págs. 111-114. Lamentablemente, no pude revisarlo. Aunque en el portal Dialnet.Unirioja.es se ofrece acceso al mismo en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6560566&orden=0&info=link>, el mismo no está funcionando adecuadamente y, como sabemos, no hay acceso a las bibliotecas.

cometa *violaciones graves, masivas o sistemáticas de los derechos humanos, incluido el derecho a la libre determinación de los pueblos; a toda propaganda de incitación a la violencia; y a las violaciones del derecho humano a la paz*²¹.

Su puesta en marcha incluye una diversidad de conductas que suponen la confrontación de los particulares con el *poder* y, en esencia, el desconocimiento o negación de la pretensión de legitimidad de ese poder, o de la justicia de su actuación. Ahora bien, para que sea entendida como el ejercicio de un *derecho*, que por lo mismo persigue su legitimación tanto interna, como en el ámbito internacional, *debe obrar por medio pacíficos*.

La garantía popular de la constitución -de cualquier *constitución*- es una forma de ejercicio del derecho de resistencia contra la opresión. Esto último indica que la *opresión* es su presupuesto necesario, sin que sin embargo pueda tratarse de cualquier tipo de opresión. La garantía popular de la constitución se justifica ante una situación de *opresión del cuerpo social*, en la cual se espera o, mejor, se justifica, que esa garantía se active. Por eso la calificamos como *resistencia vital*²².

Para establecer en qué consiste la *opresión del cuerpo social*, parece útil introducir el tema mediante alguna definición “objetiva”. Una que parece pertinente es la contenida en la Declaración *venezolana* de los derechos y deberes del pueblo del 1º de julio de 1811²³, a partir de cuyos términos es posible concluir que se entiende que hay *opresión del cuerpo social* cuando, contrariando el derecho, no se provee a la felicidad común

²¹ Para un análisis sobre el derecho de resistencia a la opresión en la Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz en el marco de la Constitución venezolana de 1999, ver Allan R. Brewer-Carías, *El derecho a la desobediencia y a la resistencia contra la opresión, a la luz de la declaración de Santiago*, en <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2013/04/II-4-70-Brewer.-DESOBEDIENCIA-Y-RESISTENCIA-DECL.-SANTIAGO-24-2-2012.pdf>

²² Claudia Nikken, “La garantía popular de la ‘constitución’...”, *cit.*, pp. 780-781.

²³ Allí se expresa que “Hay opresión individual cuando un solo miembro de la sociedad está oprimido y hay opresión contra cada miembro cuando el Cuerpo social está oprimido. En estos casos las leyes son vulneradas y los ciudadanos tienen derecho a pedir su observancia”. Artículo 23 – sección Derechos del hombre en sociedad, Declaración *venezolana* de los derechos y deberes del pueblo del 1º de julio de 1811. El texto es idéntico al contenido en el artículo 34 de la declaración de derechos ubicada al inicio de la Constitución francesa del 24 de junio de 1793.

o se actúa contra ella, como más tarde quedó expresado en la Constitución venezolana del 21 de diciembre de 1811 (artículo 191).

En perspectiva, esa visión denota la estrechísima vinculación que existe entre los llamados derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, como componentes indispensables de la *felicidad común*, “[n]o solo por la premisa ética que impide distinguir entre el sufrimiento humano que proviene del despotismo de aquel que se origina en la explotación y en la injusticia, sino porque la ofensa masiva a los derechos sociales entraña serios riesgos para el goce de los derechos individuales y de las libertades fundamentales”²⁴.

También en perspectiva, es posible concluir que la *opresión del cuerpo social* aparece cuando no está asegurada la *felicidad común*, es decir, cuando por acción u omisión del *gobierno*, los ciudadanos *no gozan de sus derechos civiles y políticos y/o cuando se masifica la violación de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*.

Esa es, por supuesto, una visión *simplificadora* de un problema mucho más complejo²⁵, que sin embargo sirve para mostrar que la opresión del cuerpo social tiene dos posibles manifestaciones, casi siempre inseparables: una formal y otra, material.

La *opresión formal* del cuerpo social consistiría en el desmantelamiento de los pilares del Estado de derecho, es decir, en esencia, la democracia y/o las garantías judiciales. Por su parte, la *opresión material* del cuerpo social se produce cuando se niega la dignidad de la persona humana; es decir, cuando se desconocen sistemáticamente los derechos humanos sustancialmente considerados y no existen -o son inoperantes, que es lo mismo- los mecanismos para garantizarlos y para asegurar la reparación de los daños sufridos por las víctimas.

En conclusión, el desmantelamiento de los pilares del Estado de derecho (democracia y/o garantías judiciales), así como la negación de la dignidad de la persona, son manifestaciones evidentes de opresión del cuerpo social, ante la cual cada ciudadano individualmente

²⁴ Pedro Nikken, “Discurso de inauguración”, en *Agenda para la consolidación de la democracia en América Latina*, loc. cit., p. 27.

²⁵ Para profundizar sobre el tema, puede revisarse, entre otras obras, el trabajo ya citado de Stéphane Rials.

considerado o reunido en pueblo o nación tiene no solo el derecho, sino también el deber, de hacer *resistencia*, en particular *resistencia vital*.

A partir de lo expuesto, se entiende mejor la visión de Olivier Beaud, que concibe la garantía popular de la constitución como la forma *civilizada* del derecho a la insurrección o, mejor, del derecho de *resistencia vital*, el cual se manifiesta a través de la *deconstitución*²⁶.

La *deconstitución*, valga señalarlo, se define como la *fase negativa* del proceso constituyente, es decir, el abandono del *orden* constitucional *en vigor* hasta ese momento; pues se traduce en la expresión de la voluntad de recurrir a una *nueva constitución*, mediante un proceso cuyo punto inicial es, precisamente la expresión de esa voluntad²⁷; que se manifiesta como la *ruptura* entre el pasado y el futuro.

Lo anterior no parece ajustarse a la idea de *garantía de la constitución*, si se entiende que, en términos generales, el fin del derecho de resistencia contra la opresión, al menos cuando se lo *positiviza*, es obligar al opresor a retomar la letra de la *constitución*²⁸. Sin embargo, en el marco de un proceso de opresión social, suelen existir *razones* por las cuales esa *constitución* terminó no siendo operativa o *real*. Lo ordinario es que eso suceda porque su origen no está en la soberanía popular -o nacional-, aunque exista una apariencia contraria; o bien porque, aun estándolo, los *factores reales de poder* han defraudado masivamente la *constitución* y, por ende, la soberanía popular -o nacional. En los dos casos, para sintetizar, puede utilizarse el adagio latino de acuerdo con el cual *fraus omnia curruipit* (el fraude todo lo corrompe), que implica la *invalidéz* de esa constitución²⁹. Por ello, *restablecer la vigencia de*

²⁶ Olivier Beaud, ob. cit., p. 261.

²⁷ Olivier Beaud, ob. cit., p. 267. Ver también Claudia Nikken, *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961*, Tesis de doctorado, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, 2001, p. 363.

²⁸ Ejemplos de esto pueden verse en el artículo 250 de la Constitución venezolana de 1961 o en su equivalente artículo 333 de la Constitución de 1999. También pueden señalarse como ejemplo el artículo 120 de la Constitución griega de 1975, de acuerdo con cuyo tercer aparte los *helenos* tienen el derecho y el deber de resistir por todos los medios contra cualquiera que pretenda abolir la Constitución de manera violenta.

²⁹ Hace varios años publiqué un trabajo referido a ese tema. *Vid.* Claudia Nikken, “Sobre la invalidéz de una constitución”, en *El derecho público a comienzos del siglo XXI – Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, T. I, loc. cit., pp. 206-218.

la constitución no puede entenderse, en un caso de *opresión del cuerpo social*, de manera literal, sino en sentido *filosófico*. Se trata de *restablecer* los principios del constitucionalismo a partir del ejercicio de la soberanía popular -o nacional.

Volviendo al inicio, la *ruptura* es el proceso inicial de lo que se califica *transición constitucional*, entendida como el *pasaje* de un régimen autoritario a un régimen democrático³⁰.

En nuestros tiempos, se producen procesos de ruptura particularmente marcados por la violencia y; a pesar de su *frecuencia*, el impacto de esa violencia se hace difícil de entender y manejar³¹. Sin embargo, entenderla es indispensable, pues de ello dependerá la posibilidad de adaptar las respuestas de la transición³²: “*la ausencia de realismo puede conducir a diferir las respuestas y a generar ciertas frustraciones que constituirán bombas de tiempo por no haber sabido tomar la medida de los problemas fundamentales de la sociedad*”³³.

En cuanto al tema desarrollado, es esencial comprender que la *ruptura* es lo que marca el inicio del proceso de cambios en virtud del cual la *violencia* pasada, presente o latente del régimen cesa (o debe cesar) para dar paso al establecimiento -o al restablecimiento- del Estado de derecho.

Se trata de un asunto paradójico, en tanto y en cuanto el “pueblo” o la “nación” se enfrentan a la autoridad instituida para (r)establecer el Estado de derecho, pero no necesariamente lo hacen a través de los mecanismos del Estado de derecho. Esto, no solo porque tales mecanismos son inexistentes o inoperantes, sino porque el abuso de la autoridad y la violencia pueden alcanzar extremos que hacen surgir en la conciencia de la población que se trata de actos (u omisiones) intolerables y, sobre

³⁰ La definición es también aplicable a los conflictos armados seguidos de procesos de construcción de paz, pero la complejidad del desarrollo del tema en ese contexto nos obliga a mantenernos en esta simple mención.

³¹ Xavier Philippe, «Tours et contours des transitions constitutionnelles», en Xavier Philippe y Natasa Danelciuc-Colodrovschi (dirs.), *Transitions constitutionnelles et Constitutions transitionnelles. Quelles solutions pour une meilleure solution des fins de conflit ?* Institut Universitaire Varenne, Col. Transition & Justice, p. 17.

³² *Ídem*.

³³ *Ibidem*, p. 16.

todo, inatacables por medios distintos a los de la violencia -lo cual no necesariamente la legitima³⁴.

Por lo expresado, la *ruptura* puede ella misma ser o no violenta. A fin de cuentas, la violencia que da origen al conflicto puede haberse manifestado externamente o puede tratarse de una violencia latente; puede haber quedado en el pasado o bien mantenerse en el presente³⁵. Las *rupturas* violentas son las más fáciles de caracterizar; no así las no violentas, que son lamentablemente excepcionales.

La ruptura es violenta cuando es producto de un enfrentamiento entre *bandos* que pretenden, uno, mantenerse en el ejercicio del poder arbitrariamente y, el otro, asumir el poder mediante el uso de la fuerza física. Esa forma de ruptura ocurre, por ejemplo, cuando se produce un golpe de Estado. También se presenta como la capitulación de una de las partes en conflicto o de un armisticio, es decir, paradójicamente, cuando deriva de un *acuerdo de paz*. Un ejemplo de ruptura *violenta* es el golpe cívico militar que se produjo en Venezuela el 23 de enero de 1958 y que motivó la huida del dictador Marcos Pérez Jiménez y el cambio de gobierno y de régimen; otro está en los acuerdos que permitieron la negociación de la paz en El Salvador, después de una cruenta guerra civil que duró más de diez años.

La ruptura no será violenta si el régimen *autoritario* se retira o si *acuerda* la transición constitucional con sus opositores políticos, sin que medie *violencia* en el momento de la ruptura; es decir, si la resistencia contra la opresión es en ese momento *pacífica*. También se han producido rupturas pacíficas en virtud de un proceso electoral, lo cual es en extremo excepcional y, en la misma proporción, conveniente. Un ejemplo de ruptura pacífica es la transición española luego de la muerte

³⁴ En este estado, habría que distinguir dos formas o tipos *genéricos* de deconstitución. La que se produce en tiempo de *calma* y la que se produce en un marco de opresión del cuerpo social. En el primer caso, lo que normalmente se postula es que el acto de deconstitución sea el producto de un referendo (Oliver Beaud, ob. cit., pp. 267-290). Formalmente, es lo que ocurrió en Venezuela en 1999 con la Constitución de 1961, mediante el referendo que sirvió para convocar la asamblea nacional constituyente. En el segundo es probable que, dependiendo de las circunstancias, esa no sea una posibilidad real; quizás ni siquiera sea plausible proceder de esa manera. Es una situación en la que el poder constituyente -o deconstituyente- se ejerce tal como lo permita el *estado de necesidad*.

³⁵ Xavier Philippe, «Tours et contours des transitions constitutionnelles», *cit.*, p. 17.

de Franco³⁶; otro, la chilena, sujeta a un referendo convocado por Pinochet. Un ejemplo de ruptura electoral hubiera podido ser el de Myanmar en 2015, pero no se produjeron los necesarios (y esperados) cambios constitucionales ofrecidos por la Liga Nacional Democrática; lo es el de Polonia, cuando entre 1988 y 1989, gobierno y oposición se sentaron a discutir las condiciones para una subsiguiente elección parlamentaria, que estuvo luego marcada por el triunfo abrumador de Solidaridad y el consecuente cambio de régimen.

Ese momento de *ruptura* es lo que Kelsen llamó “revolución”, es decir “toda modificación de la Constitución o todo cambio o sustitución de la Constitución que no son legítimas, es decir, que no operan de conformidad con las disposiciones de la Constitución en vigor”³⁷, sin importar que se trate de un golpe de Estado producto de un alzamiento violento de la población contra la autoridad, de un movimiento pacífico de masas o de la acción de uno o varios individuos detentadores en ese momento del poder. La ruptura, en efecto, requiere de ordinario de un acto *extraconstitucional* para materializarse, precisamente porque se trata de una situación *anormal*.

Para el momento en que se escriben estas líneas, en Venezuela se produce desde la extraconstitucionalidad un (nuevo) ejercicio de deconstitución, cuyo punto de ruptura podría verse en el memorando de entendimiento suscrito en la Ciudad de México el 13 de agosto de 2021 entre, por una parte, el denominado en el documento Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y; por la otra, la Plataforma Unitaria de Venezuela.

En efecto, aunque las partes fueron muy *cautas* o, si se quiere, *reservadas* en cuanto a la motivación del memorando, es bastante elocuente el fundamento de la decisión de instaurar “*un proceso de diálogo y negociación integral e incremental basados en una agenda, formato y pautas*” con el objetivo de llegar a un acuerdo “*para establecer*

³⁶ Que la “ruptura” en España haya sido pacífica, no quiere decir que el resto del proceso transitorio lo haya sido, como puede leerse en Jean-Pierre Massias, “Les incidences du processus de pacification sur l’écriture constitutionnelle”, en *Transitions constitutionnelles et constitutions transitionnelles. Quelles solutions pour une meilleure gestion des fins de conflit ?*, loc. cit., pp. 29-33.

³⁷ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* (trad. Charles Eisenmann), Col. La Pensée Juridique, Bruylant-LGDJ, París, 1999 (reimp. 1962), p. 209.

reglas claras de convivencia política y social, con respeto absoluto a la Constitución Nacional”, especialmente cuando se “[reconoce] la necesidad de construir una visión de un futuro conjunto para todas las venezolanas y todos los venezolanos”.

De lo expresado resulta, en primer lugar, que las partes reconocen que no hay en Venezuela visión de un futuro conjunto para todos los venezolanos; a lo cual se suma la ausencia de reglas claras de convivencia política y social, a pesar de la *constitución* bajo cuyo manto pretende cobijarse el proceso de diálogo y negociación.

Más allá, desde la motivación del memorando de entendimiento pueden identificarse los dos grandes pilares del proceso: el quebrantamiento de los principios fundamentales de un Estado democrático de derecho y; el sufrimiento del *pueblo* venezolano en virtud del descalabro de la economía -lo cual, huelga decir, es consecuencia de lo anterior.

En efecto, en esa motivación se apela a los valores superiores del ordenamiento jurídico del Estado venezolano y de su actuación (la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político); a la necesidad de fortalecer una democracia inclusiva y una cultura de tolerancia y convivencia política; en concreto, se manifiesta la disposición acordar las condiciones necesarias para que se lleven a cabo los procesos electorales consagrados en la *constitución*, con todas las garantías y; se rechaza cualquier forma de violencia política en contra de Venezuela, su Estado, al tiempo que se subraya la importancia de promover una cultura de respeto a los derechos humanos y de investigar y sancionar su violación sus instituciones.

Por otro lado, se expresa la necesidad de poner el bienestar del pueblo venezolano en el centro de la atención, para lo cual se apela a la estabilización y defensa de la economía nacional, productiva, diversificada y solidaria; no sin señalar la necesidad de que sean levantadas las sanciones contra el Estado venezolano, tras reivindicar como derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional. También se “saludan” las iniciativas humanitarias tomadas, particularmente la Mesa Nacional de Vacunación y el Programa Mundial de Alimentos.

Las partes en conflicto, de esa manera, aceptaron sentarse como iguales en una mesa de diálogo y negociación, reconociendo que el Estado y la sociedad venezolana deben abandonar el sistema normativo que, a su vez, sustenta el régimen político actual, en tanto que, además de que no asegura la visión de un futuro conjunto para todos los venezolanos, es insuficiente -por decir lo menos- para regular de manera eficiente la convivencia política y social.

En todo caso, la agenda contenida en el memorando de entendimiento permite inferir la intención de construir una *transición*, proceso fundamental para evitar la reversión de la ruptura.

En el marco de la garantía popular de la constitución, la llamada *transición constitucional* funge como instrumento de contención, en la medida en que “[u]na situación de transición supone una crisis anterior, más o menos violenta, de la cual el Estado en que se ha desarrollado trata de salir y donde el derecho está llamado a jugar un papel reconstitutivo”³⁸.

En ese sentido, partiendo de la idea de *ruptura*, hay que subrayar que, en el ámbito constitucional el tiempo no se interrumpe; por el contrario, el principio de la continuidad estatal obliga a preservar la continuidad de las instituciones. Por ello, corresponde al derecho constitucional crear, determinar, definir, poderes provisionales o temporales. En esos casos se habla de “tiempo intermedio”³⁹, el cual es especialmente característico del *interregno* que opera cuando hay un cambio de régimen, cuando se pasa de un *orden constitucional* a otro; siendo que el carácter pacífico de ese pasaje dependerá, precisamente, del nuevo orden constitucional⁴⁰.

Las transiciones, naturalmente, dependen de un contexto que, por definición es único; sin embargo, puede hablarse de tres características típicas de las transiciones políticas y jurídicas: la anormalidad, la temporalidad y la *ruptura*⁴¹.

³⁸ Xavier Philippe, «Tours et contours des transitions constitutionnelles», *cit.* pp. 15-16.

³⁹ Marc Verdussen, “Préface” de *Transitions constitutionnelles et Constitutions transitionnelles. Quelles solutions pour une meilleure solution des fins de conflit ?*, *loc. cit.*, p. 13.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 13-14.

⁴¹ Xavier Philippe, «Tours et contours des transitions constitutionnelles», *cit.*, p. 16.

La *ruptura*, como ya se explicó, es el proceso inicial e indispensable para que se produzca y se inicie la transición. Tras eso, quedan como características de la transición la anormalidad y la temporalidad, entendiéndose que la transición no es -ni está supuesta a ser- el régimen a cuyo efecto se ha producido la ruptura ya descrita, sino el *encadenamiento* entre el régimen anterior y el que está por venir: no se trata de crear algo duradero, sino de manejar una situación de *anormalidad* para pasar de un estadio a otro.

Precisamente por lo anterior, la transición es por definición *temporal*; tiene un comienzo y un fin; está supuesta a durar solo lo que sea necesario para que la sociedad de que se trate pueda efectivamente (re) establecer las bases de un Estado (democrático) de derecho. Es un tiempo en el cual se generan respuestas excepcionales, cuya provisionalidad condiciona esas respuestas, que tienden únicamente “a gestionar de la mejor manera posible una situación de anormalidad para pasar de un estado a otro”⁴². A fin de cuentas, “[l]a transición constitucional es una forma de democracia imperfecta que hay que saber aceptar y mirar como tal”⁴³.

Para que una transición sea *exitosa*, es decir, para que realmente sirva como paso de una sociedad *violenta* a un Estado democrático de derecho, es necesario tomar consideración un sinnúmero de factores jurídicos, políticos, sociológicos, históricos, geográficos, económicos, etc. Sin embargo, habría que tener en cuenta dos grupos de elementos, sin lo cual el fracaso está garantizado. El primero es el grado de violencia y; el segundo, las fuerzas en presencia en la transición.

Con relación a la *violencia*, sabiendo que esta puede ser pre-transicional, estrictamente transicional y post-transicional, es indispensable conocer las circunstancias para hacerla cesar o evitarla, pues se trata de “*signos de disfuncionamiento transicionales, susceptibles de dañar la coherencia misma del proceso de democratización*”⁴⁴. En efecto, partiendo del principio de que la violencia es la antítesis del Estado de derecho, durante la transición debe hacérsela cesar y desaparecer, para luego reemplazarla por unas nuevas reglas del juego mediante

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁴ Jean-Pierre Massias, ob. cit., pp. 28-29.

normas⁴⁵. Por ello, su apreciación es tan compleja como fundamental, pues de ello dependerán las respuestas que se definan para ponerle remedio.

En cuanto a las *fuerzas en presencia en la transición*, se hace indispensable determinar quiénes son (o serán) sus protagonistas y las relaciones entre ellos, sin lo cual, con certeza, la misma será un fracaso. En ese sentido, habría que concordar en que no es lo mismo un escenario donde haya vencedores y vencidos, que uno donde no los haya. En la misma medida, no es igual un grupo de vencedores que actúa como bloque, que uno caracterizado por luchas internas, sobre todo ante un grupo de vencidos que sigue teniendo *influencia* en la población de que se trate. Seguidamente se trae una cita larga del Prof. Xavier Philippe, que parece inevitable:

“Las situaciones más complejas no son necesariamente las más difíciles de resolver e, inversamente, las situaciones en apariencia simples pueden revelar líneas insospechadas de desacuerdo. El primer caso es aquel en que los vencidos están aún allí. La cultura del compromiso es entonces inevitable. Esto se resentirá en la transición, pues tratará de construirse un sistema donde habrá que ponerse de acuerdo con el conjunto de participantes, aunque la transición querrá, por definición, desmarcarse del antiguo régimen. Esta situación impone la búsqueda de un consenso que constituirá la clave de una transición exitosa. Paradójicamente, esa no es siempre la situación más complicada a pesar de la presencia de antiguos adversarios, pues las líneas están mejor marcadas entre los vencidos que están aún allí y los vencedores que saben que disponen de un ascendiente sobre sus oponentes pero que deben trabajar con esa necesidad de consenso. En el segundo caso, los vencidos han desaparecido, han huido o han sido eliminados de la escena política sin esperanza de retornar. La transición tiene entonces lugar solo con los vencedores. Estos últimos tienen el campo libre para organizar la transición, pero su margen de maniobra no está necesariamente completo en la medida en que el éxito va a depender ampliamente de su capacidad de mantener la unión. El conflicto o la crisis que ha precedido a la transición con frecuencia

⁴⁵ Xavier Philippe, «Tours et contours des transitions constitutionnelles», *cit.*, p. 17.

ha dado nacimiento a una coalición de circunstancias para luchar contra el antiguo régimen político. Si esa lucha ha podido constituirse como cimiento de la unidad durante un período determinado, la transición ofrece al juego político la ocasión de retomar los propios derechos y los aliados de ayer se convierten en los adversarios de hoy o por lo menos partidos que se oponen. La situación es entonces menos confortable que la evocada anteriormente, pues las transiciones necesitan inevitablemente acuerdos y bases comunes. Si los vencedores se oponen y se desgarran, es posible que la necesidad de consenso evocada antes para que la transición sea exitosa se transforme en un fracaso. Es necesario entonces identificar una regla de juego común que constituya un contrato de confianza entre los protagonistas para que la transición pueda convertirse en una realidad viable. Ese contrato de confianza no es sino la traducción de la exigencia de reglas jurídicas que serán la fuente de la transición”⁴⁶.

Allí no hay referencia al supuesto donde no hay vencedores ni vencidos, pero es en ese caso donde se hace evidente esta frase fundamental del texto citado: *“las transiciones necesitan inevitablemente acuerdos y bases comunes”*. Es entonces cuando, con mayor razón, primero dentro de cada grupo y luego entre esos grupos, es indispensable *“identificar una regla de juego común que constituya un contrato de confianza entre [ellos] para que la transición pueda convertirse en una realidad viable”*. Sin ese acuerdo, no hay ni puede haber transición⁴⁷. Lo ideal, como lo observó Pedro Nikken con relación a los casos de El Salvador y Guatemala, es que enemigos se levanten de la mesa de negociación “como aliados en un proyecto nacional de dimensión histórica, determinado no por el mero silencio de las armas, sino por una profunda transformación institucional. ***Una revolución negociada***”⁴⁸.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 18.

⁴⁷ Pedro Nikken describe muy bien dos casos de transición en los que no hubo vencedores ni vencidos. El Salvador y Guatemala. Ver especialmente *Las Naciones Unidas y los derechos humanos en la construcción de la paz. Lecciones de América Central* (Trabajo de incorporación), Serie Estudios N° 54, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999, pp. 43-62.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 258.

Lo expresado parece alimentar el memorando de entendimiento que da sustento al proceso de diálogo y negociación *de México*, en tanto y en cuanto, entre otras cosas, se señala la violencia como problema y, además, determinados al menos *a priori* los actores de la transición, no solo el mismo lo es, sino que persigue que estos alcancen una regla de juego común que sirva como contrato de confianza entre ellos.

Con relación a la *violencia*, en primer término se afirma que las partes rechazan “cualquier forma de violencia política en contra de Venezuela, su Estado y sus instituciones”; para luego afirmar, en el punto 5 de la agenda, la necesidad de llegar a acuerdos que permitan a los venezolanos una convivencia política y social. Más concretamente, en el mismo punto se expresan como temas a ser discutidos la renuncia a la violencia y la reparación de las víctimas de la violencia.

Es claro, entonces, que las partes tienen conciencia de la necesidad de acordar en qué consiste o ha consistido la *violencia* que justifica el proceso de diálogo y negociación, así como la necesidad de conocer las circunstancias concretas para hacerla cesar o evitarla, comprometiéndose a renunciar a ella y, también, a establecer mecanismos de reparación para las víctimas.

En cuanto se refiere a las *fuerzas en presencia en la transición*, aparece claro que quienes se tienen como protagonistas son, por una parte, el así denominado Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y; por la otra, la Plataforma Unitaria de Venezuela. Aunque ninguna asume el papel de vencedor o vencido, lo que abona a la necesidad del acuerdo, existe el problema de que, en ambos casos, encontramos que no existe una clara definición de los actores, pues los dos terminan representando coaliciones de grupos dispares. Sin embargo, del texto del memorando de entendimiento trasluce que las partes aceptan que no son los únicos actores de la transición, desde que en el punto 4 de los términos generales se expresa que deben establecerse mecanismos de participación, en el proceso, de “otros actores políticos y sociales”.

Vemos así que en la elaboración del memorando se tomaron en cuenta, al menos, los dos elementos fundamentales, sin los cuales el fracaso del proceso de diálogo y negociación estaría garantizado. Falta que las partes sean capaces de alcanzar acuerdos y bases comunes; de

identificar una regla de juego común que constituya un contrato de confianza entre ellas para que la transición sea viable.

Para terminar, solo recordar que la transición constitucional funge como instrumento de contención tras una situación de ruptura, para dar paso al fin de la garantía popular de la constitución, que es la *reconstitución*.

La *reconstitución* es el fin -el objetivo- de la garantía popular de la constitución, en el entendido de que se trata de un paso indispensable para la consolidación de la democracia y el Estado de derecho⁴⁹. Esa consolidación supone que la democracia -y el Estado de derecho- alcancen “un estado de firmeza y solidez que le[s] permita funcionar sin verse amenazad[os] por los peligros de una involución autocrática”⁵⁰; proponiéndose dos criterios complementarios para determinar en qué consiste esa *consolidación*: 1) “*el grado de consenso social en torno a las reglas, procedimientos e instituciones democráticas, y su aceptación, tanto por parte de la mayoría del pueblo, como por las principales fuerzas políticas y sociales*” y; 2) “*los resultados que cabe esperar del funcionamiento de las reglas e instituciones democráticas, [entendiéndose que] una democracia consolidada es aquella que se caracteriza por una ampliación de la participación política y por su extensión la esfera económica y social*”⁵¹.

Existe, pues, una diferencia entre la *transición*, sobre la cual ya se habló, que puede operar mediante las formas constitucionales en vigor hasta el momento de la *ruptura* -o no-, y la *consolidación*, que es su punto de llegada⁵². Y, como el problema central consiste en “asegurar la leal y sincera aceptación de unas *reglas del juego* y de un conjunto de arreglos institucionales, por parte de actores que eventualmente pueden

⁴⁹ Como lo subrayó Carlos Floria en 1990, “[p]orque al cabo vale la pena para nuestro tiempo la advertencia dramática que Alfred de Musset sugería aproximadamente así: en tiempos de crisis, cuando se camina, hay que saber si se pisa una semilla o un despojo. / La consolidación democrática sucede cuando se sabe la diferencia”. Carlos Floria, “La turbulenta transición de la Argentina secreta”, en *Agenda para la consolidación de la democracia en América Latina*, loc. cit., p. 81.

⁵⁰ Juan Carlos Rey, *op.cit.*, pp. 342-343.

⁵¹ Juan Carlos Rey, *ob. cit.*, p. 343.

⁵² Carlos Floria, *ob. cit.*, p.46.

sentirse perjudicados por el funcionamiento o aplicación de tales reglas y arreglos”⁵³, es que se habla de *reconstitución* a partir de la negociación y conclusión de un nuevo pacto social.

En efecto, para que tenga posibilidades de alcanzar su objetivo, ese pacto social tiene que derivar del “consenso de todas las fuerzas políticas y sociales, es decir, de una mayoría importante del cuerpo social, [pues] esa es la condición esencial de una evolución política hacia la democracia y una constitución estable”⁵⁴.

En ese sentido, existe una racionalidad “democratizante” universal que, con respecto a la redacción de una nueva constitución, reposa sobre dos principios: 1) la asociación de todos los factores socialmente *significativos*, tanto al proceso de elaboración del texto, como a la adopción de la nueva constitución y; 2) “hacer del texto adoptado la expresión de un compromiso amplio y asumido”⁵⁵.

El memorando de entendimiento suscrito el 13 de agosto de 2021 en la Ciudad de México asoma la reconstitución como punto final del proceso de diálogo y negociación fundado en el mismo.

En efecto, como ya se vio, el objetivo del proceso de diálogo y negociación es llegar a un acuerdo para *establecer reglas claras de convivencia política y social*. Ese acuerdo no puede ser sino una nueva *constitución*, no necesariamente en el sentido elemental normativista, sino especialmente en el sentido esencial del término: que se aseguren la separación de poderes y la garantía de los derechos humanos.

⁵³ Juan Carlos Rey, ob. cit. p. 343.

⁵⁴ Fabrice Hourquebie, “La construction de l’avenir : données contextuelles et cahier de charges constitutionnel”, en *Transitions constitutionnelles et constitutions transitionnelles*, loc. cit., pp. 47-48.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 27-28. Manifiesta el autor que esa lógica de democratización puede ser alterada por el ambiente en el cual se desarrolla el proceso constituyente de reconstitución. En concreto, se refiere a los efectos negativos que puede tener el contexto global (económico, político o social) sobre la redacción de la constitución, el cual puede influir en los actores y; a la estrategia específica de ciertos actores, para quienes la transición democrática es más un asunto personal que axiológico, por lo que convierten la redacción y adopción de la nueva constitución en una lucha por el poder y el texto constitucional en un instrumento de acaparamiento del poder, más que de democratización (p. 28). Lamentablemente no tenemos el tiempo ni el espacio para desarrollar estos problemas, fundamentales, sin embargo, para la comprensión de los procesos transicionales.

Lo anterior es particularmente urgente, pues el Estado venezolano carece en la actualidad de una constitución escrita y rígida⁵⁶, no ya porque desde el momento mismo de su sanción esa *constitución* era jurídicamente inaplicable, sin contar las diversas modificaciones irregulares de las que ha sido objeto, incluyendo la enmienda constitucional del 15 de febrero de 2009; sino porque el Tribunal Supremo de Justicia ha invalidado la norma fundamental de esa *constitución* y su positivación. De hecho, hoy en día, es posible afirmar que Venezuela ni siquiera cuenta con una *constitución formal*, no solo como consecuencia del proceso de desmantelamiento que ha sufrido, sino en particular, luego de la convocatoria y posterior instalación de una asamblea nacional constituyente entre 2017 y 2020, que no tuvo ningún sustento en la realidad jurídica o política; que, sistemáticamente intervino el ordenamiento jurídico sin base en la supuesta *constitución formal*⁵⁷ y; que no produjo una nueva *constitución*, aunque sí una serie de actos normativos contrarios a la supuestamente vigente, además de otros actos jurídicos que denotan su carácter, siendo los más evidentes los relativos al levantamiento de la inmunidad parlamentaria de diputados de la Asamblea Nacional⁵⁸.

Para que esa *nueva constitución* alcance firmeza, se consolide, y la democracia funcione sin verse amenazada por los peligros de una involución autocrática, en conformidad con los criterios enunciados más arriba, las partes han entendido que esa constitución debe tener el mayor grado posible de consenso social, por lo que se prevé la creación de

⁵⁶ Claudia Nikken, *Sobre la invalidez de una constitución*, in “El Derecho Público a Comienzo del Siglo XXI – Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías”, T. I, Thomson – Civitas, Madrid, 2003, pp. 206-218. C. Nikken, *Constitución y “bloque de la constitucionalidad”*, in “El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público – 1980 – 2005”, EJV, Caracas, 2006, pp. 69-87. Claudia Nikken, *Los consejos comunales, las comunas y la descentralización político – territorial*, Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales / Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, No. 149 (2010) pp. 333-362. Claudia Nikken, “*La Ley Orgánica de los Consejos Comunales y el derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos*”, in *Leyes Orgánicas del Poder Popular y el Estado Comunal (los consejos comunales, las comunas, la sociedad socialista y el sistema económico comunista)*, Col. Textos Legislativos N° 47, EJV, Caracas 2011, pp. 187-188.

⁵⁷ Sobre esto, ver A. Brewer-Carías y C. García Soto (coord.), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente*, Temis – Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá – Caracas, 2017.

⁵⁸ Ver CIDEP, *Reporte – “Asamblea Nacional Constituyente de 2017”*, en <https://www.cidep.online/reportes/>

mecanismos que aseguren la participación en el proceso de diálogo y negociación de otros actores políticos y sociales (punto 4 de los términos generales). Además, se da especial importancia a la ampliación de la participación política, al incluir en la agenda los problemas relacionados con los derechos políticos y garantías electorales o la convivencia política y social en el país y; además, -y especialmente- se expresa la necesidad de proteger la economía nacional y de tomar medidas de protección social para el pueblo venezolano.

Parece existir, entonces, la racionalidad “democratizante” universal aludida antes, que supone que la redacción de la nueva constitución repose, primero, en la asociación de todos los factores socialmente *significativos* al proceso de elaboración del texto y a la adopción de la nueva constitución y; en segundo lugar, que se haga del texto adoptado la expresión de un compromiso amplio y asumido. Es la mejor manera de que los venezolanos tengamos la visión de un futuro conjunto.

No hay que perder de vista, en todo caso, que la fortaleza del nuevo *pacto social*, de la *constitución* que dimana del mismo y, a fin de cuentas, de la democracia y el Estado de derecho de cuya consolidación se trata, procede “de la experiencia de una sociedad nacional que ha comprendido (...) que la consolidación de un régimen político legítimo, democrático pluralista es una exigencia ética social y no solo una preocupación académica”⁵⁹. De ahí la importancia de la legitimación del proceso.

Para terminar este punto, solo habría que señalar que, aunque la legitimidad de la “nueva” constitución sea incontestable, en el marco de un proceso de transición, su puesta vigor muy probablemente encontrará resistencias, incluso insalvables, si no se atienden las causas y las consecuencias de la opresión del cuerpo social que le ha dado lugar. De ahí que la justicia transicional funja como *salvaguardia* del nuevo pacto social.

Después de un proceso de *opresión del cuerpo social* en virtud del cual hubo de articularse la garantía popular de la constitución para negociar y concluir *un nuevo pacto social*, es imprescindible asegurar la

⁵⁹ Carlos Floria, ob. cit., p. 80.

vigencia *formal y material* de ese pacto y, sobre todo, su supervivencia en el tiempo. Es por ello -o para ello- que aparece lo que desde hace algunas décadas se califica como “justicia transicional”⁶⁰.

De acuerdo con la definición que ofrece el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ, por sus siglas en inglés), la justicia transicional “alude a las formas en que países que dejan atrás periodos de conflicto y represión utilizan para enfrentarse a violaciones de derechos humanos masivas o sistemáticas, de tal magnitud y gravedad que el sistema judicial convencional no puede darles una respuesta adecuada”; “emana de la rendición de cuentas y de la reparación para las víctimas. Reconoce su dignidad como ciudadanos y como seres humanos”⁶¹.

Esa justicia transicional “*se construye con los procesos judiciales, purgas y reparaciones que tienen lugar después de la transición de un régimen a otro*”⁶². Por eso, supone la toma de ciertas decisiones cuyo objeto es, en definitiva, determinar, por una parte, a quién juzgar, sancionar y compensar y, por la otra, cómo juzgar, compensar y sancionar; pues con la transición, aparece el elemento *responsabilidad*, que es precisamente lo que nos vincula con la justicia transicional, si por “justicia” se entiende “*reconocer el amplio espectro del daño y la degradación, la necesidad de rectificación y las diferentes maneras en que esa necesidad puede encontrar una expresión*”⁶³.

⁶⁰ Este, en concreto, es un asunto complejísimo que amerita un trabajo autónomo. Solo por citar una obra de referencia para el análisis, es interesante la editada por Juan E. Méndez, Martín Abregú y Javier Mariezcurrena, *Verdad y Justicia. Homenaje a Emilio F. Mignone*, IIDH – CELS, San José, 2001. Pasados veinte años desde su publicación, es posible mirar los (d)efectos de lo que hoy llamamos “justicia transicional” en espacios como el argentino, el chileno, Centroamérica y Suráfrica. También el papel de la justicia internacional en la estabilización de los regímenes democráticos.

⁶¹ ICTJ, *¿Qué es la justicia transicional?*, en <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>. Vale la pena, a este respecto, ver la Conferencia “Justicia Transicional” dictada por Pedro Nikken en el XXXIV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos “Justicia Accesible, Eficaz, Reparadora y Diferencial: Hacia la Plena Garantía de los Derechos Humanos” (22/08 al 01/09 2016), en <https://www.youtube.com/watch?v=jpGMngz2i4A>

⁶² Jon Elster, *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 1.

⁶³ Chrisje Brants, “Introduction” de Chrisje Brants, Antoine Hol y Dina Siegel (ed.), *Transitional Justice. Images and Memories*, Serie Advances in Criminology, Ashgate, Surrey – Burlington, 2013, p. 4.

Casi invariablemente las decisiones aludidas se desvían de los estándares de la justicia puramente jurídica⁶⁴. Son el resultado de la interacción, por una parte, de los procesos legales y administrativos puestos en marcha y de las fuerzas sociales más importantes y, por la otra, de una diversidad de restricciones y limitaciones⁶⁵, entre las que cuentan *las negociaciones que dan lugar al nuevo régimen*, la situación económica y, por último, algunos fines impuestos a la justicia transicional que hacen imposible satisfacer todos esos estándares al mismo tiempo⁶⁶. Adicionalmente, las decisiones en cuestión suelen estar moldeadas por emociones, positivas (la alegría desplegada luego de la liberación de Francia y otros países ocupados por la Alemania nazi o la caída del muro de Berlín) y negativas (venganza contra los líderes y agentes del régimen depuesto)⁶⁷.

En todo caso, la justicia transicional concierne tanto a la necesidad de *saldar cuentas* después de un conflicto violento y/o proceso represivo, como a la de poner término a los daños traumáticos causados a los individuos y a la sociedad, mediante la definición de “héroes y villanos”, “víctimas y perpetradores”⁶⁸. Sobre todo, *persigue poner fin a la cultura de impunidad*⁶⁹ y, en paralelo, *establecer la cultura de los derechos humanos* en un contexto democrático⁷⁰.

⁶⁴ Jon Elster, ob. cit., p. 129. Se señalan los siguientes ejemplos: detenciones ilegales, culpas colectivas, presunción de culpabilidad, escogencia selectiva de jurados y jueces, ausencia de procedimientos contradictorios, ausencia de recursos, selección arbitraria de indiciados, tribunales especiales, rebaja de la pena, legislación retroactiva, extender, eliminar o recortar los regímenes de prescripción y caducidad, el retardo judicial o la justicia sumaria (pp. 129-135).

⁶⁵ *Ibidem*, p. 135.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 188.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 216.

⁶⁸ Chrisje Brants, ob. cit., p. 1. Vale la pena traer a colación el estudio de Susanne Karstedt, “The Lives and Times of Sentenced Nazi War Criminals: Re-negotiating Guilt and Innocence in Post-Nuremberg Germany. 1950-1975”, en *Transitional Justice. Images and Memories*, loc. cit., pp. 33-50. El trabajo muestra cómo la sociedad alemana (occidental) de la posguerra -y la actual- prefirieron “cerrar libros”, dejar atrás el pasado, para seguir adelante y reconstruir su sociedad (ver especialmente pp. 38-41).

⁶⁹ “La impunidad implica no solo que los perpetradores han escapado al castigo por sus crímenes, sino además que la responsabilidad compartida de reconocer y rectificar el daño causado por ellos también ha quedado sin efecto a nivel nacional e internacional” (C. Brants, ob. cit., p. 4).

⁷⁰ Pádraig McAuliffe, *Transitional Justice and Rule of Law Reconstruction: A contentious relationship*, Routledge, Londres – Nueva York, 2015, p. 89

Es de reiterar que la justicia transicional no es cualquier justicia ni se refiere a cualquier transición. La transición que la precede debe suponer el paso de un gobierno autoritario a uno democrático (o de un proceso de paz) y, en ese marco, la *justicia* a ser impartida debe serlo con la intención de que, como insistimos en subrayar, ese régimen democrático se rija por los principios del Estado de derecho⁷¹.

Lo expresado trasciende directamente sobre la *justicia*, que por eso se llama *transicional*: por un lado, existe la creencia de que el establecimiento de la responsabilidad de los *perpetradores* automáticamente contribuye a construir el Estado de derecho; pero, por el otro, de manera contradictoria, se presume que la judicialización de la política en que traduce habitualmente la justicia transicional conduce automáticamente a la construcción de un Estado de derecho sustentable⁷².

En todo caso, “[e]l resultado de la justicia transicional es una serie de decisiones legislativas, administrativas y judiciales”⁷³, indispensables, en el fondo, para el *nuevo régimen democrático* que ha decidido confrontar el pasado -porque siempre puede decidir o hacer lo contrario-, escogiendo “*entre la justicia y la verdad*”⁷⁴.

Si se escoge la *justicia*, el nuevo régimen tendría que adoptar seis tipos de decisiones sustancialmente políticas⁷⁵: *i*) qué y quién debe contar como daño y como perpetrador; *ii*) cómo tratar a los perpetradores; *iii*) aunque los funcionarios -incluidos los militares- no sean juzgados, el nuevo régimen podría decidir “sancionarlos”, sustituyéndolos en sus cargos, por ejemplo; *iv*) las medidas concretas aplicadas contra los perpetradores; *v*) a los efectos de la compensación, hay que decidir, primero, qué tipo de sufrimientos constituyen víctimas: sufrimientos materiales (referidos a la propiedad), personales (violación de los derechos humanos) o intangibles (pérdida de oportunidades, por ejemplo);

⁷¹ De hecho, aunque como lo subraya Roldán Jimeno, “cabe retrotraer a diferentes periodos de la historia los mecanismos de la justicia transicional, como quedó probado en el estudio de Jon Elster, la mayor parte de los estudiosos suelen situar el punto de partida en el periodo posterior a la segunda Guerra Mundial, con los juicios de Nuremberg y Tokio” (“Introducción” de Roldán Jimeno Aranguren (dir.), *Justicia transicional: historia y actualidad*, Arazandi, Cizur Menor, 2017, p. 17).

⁷² Pádraig McAuliffe, ob. cit., pp. 8-9.

⁷³ Jon Elster, ob. cit., p. 116.

⁷⁴ Jon Elster, ob. cit., pp. 116-117.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 118-128.

qué familiares y dependientes de las víctimas “primarias” se incluyen como “víctimas secundarias”; ¿desde qué momento se entiende que el régimen anterior tuvo víctimas?; vi) el último grupo de decisiones tiene que ver con el modo de reparación de las víctimas, siempre con relación al tipo de daño sufrido por ellas.

Hay que decir, por otra parte, que la *búsqueda de la verdad* no está divorciada de la justicia. De hecho, se dice que “las comisiones de la verdad y reconciliación como la establecida en Sudáfrica, incluso relacionadas con amnistías, pueden ser instrumentos poderosos para cambiar el clima de impunidad, en tanto que fuerzan a los perpetradores a expresar y reconocer públicamente su culpabilidad y remordimiento, en lugar de dejarlos en sus propios entornos”⁷⁶.

Más aún, como lo subraya Pedro Nikken con relación a los procesos de El Salvador y Guatemala, en ambos se expresaron las aspiraciones de verdad y justicia, en el entendido de que, “[s]olo cuando se hubiera descubierto la verdad y se hubiera puesto fin a la impunidad que cubrió la infinidad de crímenes cometidos, se estaría en condición de otorgar el perdón de los responsables y alcanzar una verdadera reconciliación”⁷⁷.

De hecho, pareciera que, en realidad, se trata de una especie de falso dilema, en tanto que, como advierte el mismo Nikken:

*“El derecho a la verdad es un derecho autónomo, que porta en sí mismo una virtualidad resarcitoria parcial, en cuanto pone fin al sufrimiento que, en especial para los familiares de las víctimas pero también para la sociedad entera, implica la incertidumbre sobre las circunstancias en que se ejecutaron graves violaciones a los derechos humanos y sobre la suerte de las víctimas”*⁷⁸.

En todo caso, para tratar de establecer o definir sus métodos, se hace necesario comenzar por entender su estructura, lo que pasaría por determinar cuál es el papel de la “justicia” en la justicia transicional⁷⁹.

⁷⁶ Susanne Karstedt, ob. cit., p. 48. Ver también Andrea Lillini, *Constitutionalism and Transitional Justice in South Africa* (trad. Alexandra T. Marot Pollard), Berghahn Books, Nueva York – Oxford, pp. 95-151.

⁷⁷ Pedro Nikken, *Las Naciones Unidas y los derechos humanos* ..., cit., p. 134.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 135.

⁷⁹ Jon Elster, ob. cit., p. 79.

Hecho lo anterior, habría que distinguir los diferentes *niveles* de justicia transicional que pueden involucrar individuos, corporaciones, Estados o entidades supranacionales; las *categorías de agentes* involucrados en la justicia transicional; para, finalmente, tratar de identificar las decisiones esenciales que deben ser adoptadas por las nuevas autoridades en el ámbito de la justicia transicional⁸⁰.

Vale señalar que ninguno de los métodos aplicados, hasta hoy y como toda obra humana, es perfecto. Sin embargo, hay errores objetivamente previsibles, que deben evitarse para precaver el derrumbe del sistema. Lo que es claro es que acabar con la “cultura de la impunidad” requiere más que sentenciar a los perpetradores por los crímenes que hayan podido cometer. Incluye los esfuerzos para reeducar grupos de perpetradores sobre esos crímenes y también la reconstrucción de los estándares morales de la sociedad. Esto, evidentemente, supone retos enormes para sociedades que emergen de conflictos de larga duración⁸¹.

En ese sentido, la voz de las víctimas es decisiva y, por eso, debe ser escuchada: “[a]cabar con la impunidad únicamente en un tribunal no es suficiente, como tampoco lo es el castigo severo. En tanto que nunca podrá reflejar el crimen, el castigo debe reflejar los valores y los derechos humanos que fueron violados en primer lugar”⁸².

En todo caso, la realidad muestra que la *justicia transicional* no es solo una cuestión jurídica⁸³: lo legal compite con lo político y lo militar cuando los actores deciden lo que pasa a ser historia y cuál fue su papel en la misma; también compite con lo individual y lo social, con quienes quieren recordar y registrar su propia versión del pasado en memoriales, rituales, libros, películas y demás manifestaciones artísticas⁸⁴; por ello, sus métodos no necesariamente se compadecen con los del Estado de derecho.

Lo expresado es bastante, aunque no exhaustivo, para alimentar la conversación fundada en el memorando de entendimiento suscrito el 13 de agosto de 2021 en la Ciudad de México; recordando que en el

⁸⁰ *Ídem*.

⁸¹ Susanne Karstedt, ob. cit., p. 34.

⁸² *Ídem*, p. 48.

⁸³ Christje Brants, ob. cit., p. 2.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 5.

punto 4 de la agenda contenida en el mismo se incluyeron los siguientes aspectos: *convivencia política y social, renuncia a la violencia, reparación de las víctimas de la violencia*; en el entendido, además, de que el proceso de diálogo y negociación toma a las partes “[c]onvencidas de la importancia de promover una cultura de respeto a los derechos humanos y de investigar y sancionar su violación”, como se expresa en la motivación.

A partir de lo dicho, en el marco del proceso de diálogo y negociación, las partes tienen la muy compleja tarea de enmarcar y desarrollar un sistema de justicia transicional que sirva como salvaguarda del proceso de reconstitución.

Lo relevante es que -parafraseando a Pedro Nikken- ese sistema permita que *enemigos* se conviertan en aliados en un proyecto nacional, determinado no por el mero cese de la violencia (o “silencio de las armas”), sino por una profunda transformación institucional, que requiere, entre otras, una reforma judicial para que la impunidad deje de ser la regla⁸⁵.

Cuando comencé a escribir estas líneas, se suponía que, al terminarlas, el proceso de diálogo y negociación *de México* estaría formalmente restablecido. Ahora espero que eso sea así para el momento de la publicación del texto. Si no fuera el caso, veremos si existe esa posibilidad o si habrá que iniciar, en algún momento, una nueva negociación que asegure la construcción de un puente hacia la democracia en Venezuela.

Dicho lo anterior, para cerrar, quiero dedicarle a Henrique las últimas palabras de este trabajo, que son de agradecimiento, entre tantas otras cosas, por su amistad, su confianza, por Claude Goyard, nuestro común profesor en París 2, quien en mis tiempos bajo su tutoría me dijo que solo yo había podido quitarle el “puesto” a Henrique como su mejor estudiante extranjero (aunque yo lo dudo).

Gracias Henrique. Siento mucho tu partida.

Caracas, 4 de noviembre de 2022.

⁸⁵ Pedro Nikken, *Las Naciones Unidas y los derechos humanos* ..., cit., p. 258.