

LOS RETOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL*

Allan R. Brewer-Carías

*Profesor de la Universidad Central de Venezuela
Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado, La Haya
Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales,
Venezuela*

América Latina siempre ha sido el primer campo de ensayo para la adopción progresiva de los principios del constitucionalismo moderno. Así ocurrió desde comienzos del Siglo XIX, después de la declaración de independencia, con la adopción en todos nuestros países de los principios que derivaron de las Revoluciones Norteamericana y Francesa de fines del Siglo XVIII; y así ha ocurrido posteriormente, durante los últimos 200 años, con las reformas constitucionales que se han

* Texto preparado para **Seminario Internacional sobre Reforma Constitucional. Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Hispanoamérica**, organizado por el Senado de la República Dominicana, Santo Domingo, 15-18 junio 2005. Para su elaboración hemos partido de las ideas que expusimos en el "Seminario sobre América Latina: Retos para la Constitución del Siglo XXI" realizado con ocasión del "Encuentro Anual de los Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de América Latina", y organizado por la Corte Suprema de El Salvador, la Federación de Asociaciones de Abogados de El Salvador y la Fundación Konrad Adenauer, en San Salvador, 08-06-2000; publicado como "América Latina: retos para la Constitución del Siglo XXI", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2000, Konrad Adenauer Stiftung, Ciedla, Caracas 2000, pp. 13-33; en *Revista Politeia (Constitución y Constitucionalismo hoy. Bicentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García Pelayo)*, Instituto de Estudios Políticos, UCV, Caracas 2001, pp. 47 a 68; y en Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Colección Cuadernos de la Cátedra Fundacional Doctor Charles Brewer Maucó "Historia del Derecho en Venezuela", Universidad Católica Andrés Bello, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp.11-39.

En las notas subsiguientes, para información del lector, solo se han agregado referencias a trabajos del autor en relación con los diversos temas que se tratan.

venido realizando en todos ellos. Si en algo somos expertos los latinoamericanos, por tanto, es en materia de reformas constitucionales, por lo que no es de extrañar que la República Dominicana de nuevo esté actualmente en proceso de diseñar la reforma de la Constitución de 2002. Y como la misma Constitución dispone que la reforma sólo podrá hacerse en la forma que ella indica (art. 120), la única manera para ello es mediante la presentación de la proposición de reforma en el Congreso Nacional con el apoyo de la tercera parte de los miembros de una u otra Cámara, o si es sometida por el Poder Ejecutivo (art. 116); correspondiendo al Congreso declarar mediante ley la necesidad de la reforma constitucional (arts. 117; 77,16), ordenando a tal efecto la reunión de la Asamblea Nacional, es decir, de los miembros del Congreso constituidos en Asamblea nacional, y determinando tanto el objeto de la reforma como los artículos sobre los cuales versará.

La Constitución de la República Dominicana, por otra parte, no regula la fórmula de las enmiendas, por lo que cualquier reforma, así sea de un solo artículo, conduce a la publicación íntegra de la Constitución con los textos reformados (art. 118). El articulado de la Constitución de 2002, en consecuencia, y ello es evidente de la lectura de su texto, no es íntegramente de ese año, ya que en gran parte proviene del constitucionalismo histórico, por lo que los cambios políticos que han ocurrido en este país, particularmente desde el punto de vista de su democratización, sin duda originan temas de reflexión, como han surgido en otros países, a los efectos de diseñar las grandes líneas de una reforma constitucional.

Podríamos comenzar señalando que el constitucionalismo moderno, el que ha contribuido a configurar el régimen político de todos los Estados del mundo y particularmente el de nuestros Estados, está definido por los siguientes siete principios esenciales: la idea de Constitución y su supremacía; la soberanía del pueblo, el republicanismo y la democracia representativa como régimen político; la distribución vertical del Poder Público, sea mediante el federalismo, el regionalismo político y/o el municipalismo; la separación orgánica de poderes y los sistemas presidenciales y parlamentarios de gobierno; la declaración constitucional de los derechos del hombre y sus garantías; el principio

de legalidad y el rol del Poder Judicial como garante del Estado de derecho; y el control judicial de la constitucionalidad de las leyes¹.

Todos esos principios, sin embargo, sólo llegaron efectivamente a afianzarse en el mundo contemporáneo a partir de la Segunda Guerra Mundial. No olvidemos, sobre todo ante los vientos de autoritarismo que comienzan a soplar de nuevo en nuestra región², que con anterioridad, particularmente en Europa, la Constitución no siempre se consideró como norma suprema de efectos directos; el centralismo signó la configuración de los Estados, impidiendo en gran medida el desarrollo de la democracia; la soberanía parlamentaria atentó contra los derechos humanos, cuyo reconocimiento y garantía no constituían un valor esencial; y el control judicial de la constitucionalidad de las leyes constituía una rareza inaceptable, contrariamente a las fórmulas del derecho americano.

En consecuencia, fue durante la segunda mitad del siglo pasado cuando la Constitución efectivamente se convirtió en norma suprema; que la democracia representativa comenzó a funcionar realmente; que la descentralización política se convirtió en instrumento de democratización; que los sistemas de gobierno comenzaron a desarrollar sus mecanismos de balance; que los derechos humanos adquirieron real efectividad y protección; que el Poder Judicial encontró mecanismos de garantía de su independencia y autonomía, y que se desarrolló mundialmente un verdadero sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992.

² Véase Allan R. Brewer-Carías, “La opción entre democracia y autoritarismo (El perfeccionamiento de la democracia para hacerla más representativa y más participativa)”, conferencia dictada en la XV Conferencia de la Asociación de Organismos Electorales de Centro América y El Caribe, La Romana, República Dominicana, 27/07/01, publicado en Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Colección Cuadernos de la Cátedra Fundacional Doctor Charles Brewer Maucó “Historia del Derecho en Venezuela”, Universidad Católica Andrés Bello, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 41 a 59

En las últimas décadas todos los países de América Latina han reformado sus Constituciones, y en todas ellas se puede encontrar la consolidación de todos esos principios. Hemos llegado, así, al Siglo XXI, con un conjunto de Constituciones que contienen un arsenal de instituciones que recogen lo mejor de dos siglos de constitucionalismo. La pregunta que ahora debemos formularnos, sin embargo, es si las mismas satisfacen efectivamente las exigencias constitucionales para el nuevo Siglo; es decir, ¿La Constitución del Siglo XXI está ya elaborada? Y si no, ¿cuáles son los retos de que tienen nuestros países en materia de reforma constitucional?

Nuestro propósito es precisamente, referirnos a estas preguntas y tratar de darles respuestas, en particular en relación con la República Dominicana, para lo cual quisiera analizar las diez cuestiones constitucionales que en mi criterio son las más importantes en el momento actual, y que conforman las nuevas tendencias del constitucionalismo para enfrentar las exigencias del Siglo XXI.

I. LA REFORMULACIÓN DEL CONCEPTO DE SOBERANÍA PARA ASEGURARLA EN EL MARCO DE COMUNIDADES SUPRANACIONALES

En *primer lugar* está el tema de la soberanía o del poder superior que existe en todo Estado, sobre el cual, en principio, no podría existir otro.

La soberanía fue la que permitió al Estado ser Estado y, además, luego, el republicanismo. Con las Revoluciones del Siglo XVIII la soberanía pasó del Monarca absoluto al pueblo o a la Nación en los términos de la Revolución Francesa, y este comenzó a ejercerla mediante representantes. De allí, incluso, la idea de la democracia representativa como régimen político.

Un Estado, por tanto, no puede tener un poder superior a sí mismo, pues entonces, este último poder superior sería el soberano y el Estado.

Este principio, esencial de la construcción del Estado Moderno, sin embargo, ha comenzado a ser efectivamente trastocado imponiéndose su reformulación. Cincuenta años de experiencia en la construcción de

la ahora Unión Europea desde la suscripción de los Tratados de París de 1951 hasta la aprobación de una Constitución europea, han puesto en evidencia que, precisamente para afianzar la soberanía de los Estados Europeos y hacerlos efectivamente más soberanos, había que limitar dicha soberanía; y que el reconocimiento constitucional de un poder superior a los propios Estados Nacionales en un marco comunitario de Estados, no necesariamente conduce a reconocer a la Comunidad como soberana, negando la soberanía de aquellos. Se llegó, así, a la conclusión de que la supranacionalidad no implicaba ni implica terminar con la soberanía nacional; pero para ello fueron precisamente las Constituciones nacionales y no el derecho internacional, las que encontraron el camino³.

Por ello, no hay que perder de vista que el esquema de integración regional europeo fue, ante todo, una creación del constitucionalismo. Ni un paso se dio en la limitación de la soberanía nacional y en la transferencia de poderes de los órganos constitucionales de los Estados a la comunidad supranacional, que no estuviese previamente prevista y autorizada en las Constituciones respectivas. Por ello, la integración regional se desarrolló fundada sobre disposiciones constitucionales expresas y no sobre interpretaciones. En las Constituciones fue que se previó la limitación de los poderes soberanos de los órganos de los Estados y, por tanto, de los pueblos, y allí fue que se le dio valor de fuente del derecho interno, de aplicación inmediata y prevalente, al derecho comunitario emanado de los órganos supranacionales.

En el mundo actual, sin duda, América Latina tiene el mismo reto que se plantearon los países europeos después de la Segunda Guerra

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Implications of Regional Economic Integration*, Ponencia General al XV *International Congress of Comparative Law*, Academia Internacional de Derecho Comparado, Bristol, Inglaterra, 30-07-1998; publicado en Allan R. Brewer-Carías, *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998, 163 pp. Véase además, Allan R. Brewer-Carías, "Las exigencias constitucionales de los procesos de integración y la experiencia latinoamericana" en *Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 1999, pp. 279-317

Mundial, de renunciar al concepto cerrado de soberanía para la construcción de relaciones interestatales en un marco de paz, lo que en definitiva condujo, al final, a la creación de la Unión Europea.

En el futuro, para sobrevivir en la civilización contemporánea unipolar y globalizante, tendremos que asumir la integración como política continental y ello tiene que permitirlo, expresamente, nuestras Constituciones.

La orientación en esta materia puede derivarse, por ejemplo, de las recientes Constituciones de Colombia, Argentina, Paraguay y Venezuela y de algunos de los países centroamericanos como El Salvador, en las cuales se le ha dado solución constitucional a un problema que de otra forma sería insoluble, como es la limitación de la soberanía de los Estados en beneficio de un poder supranacional, que sólo puede estar expresamente previsto y autorizado en la Constitución.

Insistimos, la solución que compatibilice la soberanía de los Estados Nacionales con Comunidades de Estados que tengan carácter supranacional sólo la pueden dar las Constituciones y en tal sentido entre las más recientes Constituciones de América Latina, la de Venezuela de 1999⁴, por ejemplo, se establecer en su artículo 153, no sólo que la República “promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones”, sino que “podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración”; previendo expresamente que “Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna”.

Es la misma Constitución, por tanto, la que limita la soberanía al prever la supranacionalidad y así, incluso, poder apuntalar la soberanía nacional con la creación de una Comunidad de Estados que asuma poderes que tradicionalmente estaban en las manos aisladas de estos;

⁴ Sobre la Constitución venezolana de 1999, a los efectos de todas las referencias que se hacen a lo largo del presente trabajo, véase: Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, 2 tomos.

previéndose incluso, para reforzar la propia soberanía popular, que los tratados internacionales en los cuales se pueda comprometer la soberanía nacional o se transfieran competencias a órganos supranacionales (art. 73), puedan ser sometidos a referendo aprobatorio.

En todo caso, la idea de la supranacionalidad y la consecuente transformación de la soberanía como poder cerrado, puede considerarse como uno de los grandes retos en los procesos de reforma constitucional en América Latina. Por ello, en nuestro criterio, en la República Dominicana habría que avanzar más en cuanto a la clásica indicación de que la República Dominicana “reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado” como lo indica el artículo 3 de la Constitución.

II. LA REFORMULACIÓN DE LA FORMA DE EJERCICIO DE LA DEMOCRACIA PARA HACERLA MÁS REPRESENTATIVA

En *segundo lugar* está el tema de la democracia misma, que tiene que llegar a ser más representativa.

No hay duda de que la democracia como régimen político está basada en la idea de la representación, al punto de que la historia no conoce de experiencias de democracias ejercidas por el pueblo exclusivamente en forma directa, sin representantes. Aún en la democracia griega gobernaban Magistrados escogidos por sorteo.

No tienen sentido, por tanto, los planteamientos que con motivo de los vicios de la representatividad en las democracias de partidos, pretenden sustituir la democracia representativa por una supuesta democracia directa, mal llamada “democracia participativa”⁵. La democracia, en las complejas sociedades contemporáneas, tiene que ser

⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Democracia municipal, descentralización y desarrollo local”, Conferencia Inaugural dictada en el XXVI Congreso Iberoamericano de Municipios, Organización de Cooperación Intermunicipal (OICI), Ayuntamiento de Valladolid, Valladolid, España, 13-10-2004; publicada en *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, No. 11, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, Julio-Diciembre 2004, pp. 11 a 34; y como “Democracia, Municipio, Descentralización y Lugarización” en *Iurídica*, Centro de Investigaciones Jurídicas Aníbal Rueda, Universidad Arturo Michelena, San Diego, Carabobo 2004, pp. 9 a 27.

representativa, como lo precisan los artículos 2 y 4 de la Constitución de la República Dominicana. En realidad, lo que hay que perfeccionar es esa representatividad, precisándose a quién, efectivamente, es que tiene que representarse.

Definitivamente es al pueblo, por lo que el reto constitucional de todos nuestros países siempre está en diseñar un esquema de efectiva representación popular y superar las desviaciones de los sistemas políticos en los cuales los partidos políticos han llegado a monopolizar toda la representación, muchas veces desligándose del pueblo mismo. Los partidos políticos, en una democracia, son y tienen que ser los instrumentos esenciales de intermediación entre el pueblo y el gobierno del Estado; pero no por ello deben confiscar la propia soberanía y asumir el monopolio de la representación, muchas veces de espaldas al propio pueblo. Las comunidades, los pueblos, las provincias y las regiones deben tener representantes y los partidos no pueden sustituirse en aquellos, sino contribuir y orientar para que realmente encuentren representación en los órganos representativos. Por tanto, normas que podrían ser estudiadas, por la atadura definitiva de la representatividad al partido, podrían ser las de los artículos 19 y 55 de la Constitución de 1994, que regulan la sustitución vacantes de Senadores y diputados por las respectivas Cámaras, y de Regidores y Síndicos Municipales por el Presidente, en ambos casos "de la terna que le presentará el organismo superior del partido que lo postuló".

La democracia, definitivamente, debemos tender a que sea una forma de vida político-social y no sólo un mecanismo eleccionario; pero para ello, el Poder, lejos de estar concentrado, debe estar despararrado en el territorio, ubicándose cerca del ciudadano; muy cerca del ciudadano de a pie y de sus organizaciones comunales. Ello tiende, a la vez, a garantizar que las sociedades intermedias, como los gremios profesionales o los sindicatos, respondan a la organización democrática.

Vinculado a la representatividad democrática, otro aspecto que debe enfrentar la reforma constitucional en este Siglo XXI, es el del régimen mismo de los partidos políticos, para hacerlos no sólo instrumentos de la democracia (por eso la Constitución de la república do-

minicana sólo admite la posibilidad de partidos cuyas tendencias se conformen a los principios establecidos en esta Constitución, art. 104); sino que internamente constituyan entidades democráticas, cuyas autoridades deben ser el resultado de elecciones libres internas. Ello debería garantizarse en la Constitución, la cual además debería resolver el tema del régimen de financiamiento de los partidos políticos, previéndose en principio, y contrariamente a lo establecido en la Constitución Venezolana que lo prohíbe, el financiamiento público de los mismos y consecuentemente, de las campañas electorales. Este es un tema sobre el cual hay que reflexionar, pues se trata de un mecanismo generalizado para enfrentar tanto la tentación de financiamiento exclusivo de los partidos de gobierno a través de la malversación de los fondos públicos, como la lamentable penetración del narcotráfico en ese proceso⁶. Los grandes males de la política contemporánea en América Latina pasan por este tema, que debe ser tratado en las Constituciones.

Pero además, para la transformación del principio de la representatividad democrática, las Constituciones contemporáneas deben establecer algunos mecanismos de democracia directa, pero no como sustitutos de la participación democrática que se realiza a través del sufragio o la representatividad, sino como medios para asegurar otra forma de participación directa del pueblo en ciertos asuntos públicos. Por ello la figura de los referendos está encontrando cada vez más cabida en los textos constitucionales latinoamericanos, como ha sucedido precisamente en algunas Constituciones recientes de América Latina como las de Colombia y Venezuela. En esta última, por ejemplo, se prevén los referendos como “medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía” (art. 74) en todas sus manifestaciones: los consultivos, tanto nacionales, estatales y municipales, sobre materias de trascendencia en los diversos niveles territoriales; los

⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el financiamiento de los partidos políticos en Venezuela”, Conferencia en el IV Curso Internacional de Elecciones, Capel, San José, Costa Rica, 01/10/90; publicado en *Financiación y democratización interna de partidos políticos. Aproximaciones. Memoria IV Curso Anual Interamericano de Elecciones*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-CAPEL, San José, 1991, pp. 121-139.

revocatorios, respecto de todos los cargos y magistraturas de elección popular (presidente de la República, diputados a la Asamblea nacional, Gobernadores de Estados, legisladores de los Consejos legislativos estatales, Alcaldes y Concejales); los aprobatorios, de leyes y tratados; y los abrogatorios, de leyes y decretos leyes (art. 71 a 74).

Pero no nos engañemos: los referendos, sin duda, perfeccionan la democracia representativa y también podrían contribuir a la solución de crisis de gobernabilidad; pero ni la sustituyen ni aseguran la democracia participativa de la cual tanto se ha hablado en el último lustro, y más bien, pueden conducir a confiscarla. La experiencia venezolana en materia de referendo revocatorio presidencial de 2003-2004 lo confirma. Si bien el resultado final del mismo en agosto de 2004, después de dos años de intentos por llevarlo a cabo en medio de graves atentados a la separación de poderes por el secuestro del Poder Electoral y de la sala Electoral del Tribunal Supremo por la Sala Constitucional del mismo⁷, fue contrario a la solicitud de revocación del mandato; la crisis de gobernabilidad que lo provocó no se ha superado, a pesar incluso de la transformación que se hizo del referendo revocatorio en una especie de “referendo ratificatorio” o plebiscito no previsto en la Constitución. Y las consecuencias democráticas respecto a la situación de los derechos ciudadanos fueron desastrosas, al convertirse a más de tres millones y medio de venezolanos que sólo firmaron una petición (ejerciendo el derecho constitucional de petición) en perseguidos políticos y enemigos del régimen, a quienes se le ha negado el derecho al trabajo en entidades públicas o en empresas privadas que contratan con el Estado, o en ciudadanos parias a quienes se le niega de hecho con dilaciones indebidas, por ejemplo el derecho a obtener su cédula de identidad o pasaporte. Así, el ejercicio de un derecho constitucional como es el derecho de petición se transformó en un acto hostil reprimido por el Poder.

⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional versus el Estado Democrático de Derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas 2004.

La democracia no puede ni debe convertirse en una “democracia refrendaria” o “plebiscitaria”, la cual por lo demás podría ser de todo menos democracia. Cuidémonos en todo caso de la pretensión de sustituir la representatividad democrática por una supuesta relación directa entre pueblo y líder, que además de ser un instrumento del autoritarismo, confunde la movilización popular con la participación. Esta, en efecto, solo se logra acercando el poder al ciudadano, no alejándolo ni movilizándolo.

III. LA REFORMULACIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN VERTICAL DEL PODER Y DE LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA PARA PERFECCIONAR LA DEMOCRACIA

Por ello, el *tercer* tema que podemos identificar como reto para la reforma constitucional en nuestros países es el de la distribución territorial del Poder y el de la descentralización política, precisamente para perfeccionar la democracia⁸.

No olvidemos que el gran aporte del constitucionalismo moderno a la organización del Estado y que implicó el desmantelamiento del Estado Absoluto, fue el principio de la distribución vertical del Poder que se inició con el ejercicio democrático de la soberanía para controlarlo, cada uno con sus peculiaridades, mediante el federalismo norteamericano y el municipalismo francés. En todo caso, después de doscientos años de experiencia, hoy el municipalismo continúa siendo el signo de la organización territorial del Poder en el más bajo nivel; y el federalismo o las otras formas de descentralizadas de unidades político territoriales regionales o intermedias entre el Poder Central y el Poder Local, también se han generalizado en el mundo contemporáneo.

⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Democratización, descentralización política y reforma del Estado” y “El Municipio, la descentralización política y la democracia”, en Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Colección Cuadernos de la Cátedra Fundacional Doctor Charles Brewer Maucó “Historia del Derecho en Venezuela”, Universidad Católica Andrés Bello, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 105-125 y pp. 127-141.

Lo cierto es que no hay país democrático en el mundo occidental, desarrollado y consolidado después de la Segunda Guerra Mundial, cuyo Estado no este montado sobre la distribución vertical del Poder en dos niveles territoriales. Recordemos por una parte, que las autocracias no se descentralizan y que nunca ha habido autoritarismos descentralizados; y por la otra, que ya no hay Estados democráticos que tengan una organización centralizada del poder. En el mundo democrático existen Federaciones (Alemania, Suiza, Canadá, EEUU) o esquemas regionales de carácter político, como las Regiones en Italia, Francia o Bélgica, o las Comunidades Autónomas en España. Incluso en el Reino Unido, la *devolution* o descentralización del Poder constituye la gran reforma política del laborismo desde los años noventa, reflejada en la elección de Parlamentos en Escocia y Gales y del Alcalde del Gran Londres. Y en cuanto al municipalismo, es en el nivel local donde la democracia realmente puede existir, siempre que esté cerca del ciudadano, pues es el único lugar donde puede haber participación del ciudadano.

Cuántas veces no nos hemos preguntado los latinoamericanos, por ejemplo, por qué los países europeos y del norte de América tienen democracias funcionales auténticas; y por qué, en cambio, en nuestros países la democracia no ha llegado a funcionar, salvo formalmente.

La respuesta, tan simple, es que en aquellos países la democracia, aún cuando no se den cuenta, porque es cotidiana, es por sobre todo vida y democracia local, lo que significa muchos gobiernos locales y, en definitiva, el municipalismo. Ello lo descubrió en Estados Unidos Alexis De Tocqueville hace casi 200 años, cuando se topó con lo que llamó, "la democracia en América", situada precisamente en los *Town Hall* de los pueblos; y ello fue lo que decretó la Asamblea Nacional francesa con la Revolución, al disponer que en cada villa, en cada burgo, en cada pueblo, debía haber un Municipio. Ese desparramamiento del poder en el territorio es precisamente lo que ha caracterizado la democracia en el mundo desarrollado de la post guerra. No se olvide, por ejemplo, que en Francia existen más de 36.000 comunas, las cuales, después de las reformas políticas impulsadas a partir de 1982, son, además, autónomas; que en Alemania hay más de 16.000 gobier-

nos locales, que en Suiza hay más de 2000 y que en España e Italia hay más de 8.000.

Pero lo importante, por supuesto, no es el número de entidades locales autónomas políticamente hablando, sino la relación que tiene que existir entre ellas y la población. En todo el mundo democrático desarrollado contemporáneo, independientemente de la extensión del territorio y la densidad de población, esa relación oscila entre aproximadamente 1.500 habitantes por Municipio, como sucede en Francia, y aproximadamente 6.000 habitantes por autoridad local, como sucede en los Estados Unidos y Canadá; y entre esos dos extremos, están, por ejemplo, Suiza, España y Alemania.

Eso es precisamente lo que nos hace falta en América Latina: vida local, la cual no se puede lograr cuando el Municipio está lejos del ciudadano como sucede en casi todos nuestros países, y en particular en Venezuela, donde por más verbalismo constitucional que exista sobre democracia, participación, descentralización y protagonismo del pueblo, hay sólo 338 Municipios, en un territorio que tiene el doble de superficie del de Francia. Por eso, en Venezuela, la relación población-gobierno local es más de 70.000 habitantes por Municipio, lo que definitivamente no permite que la vida local sea la escuela de la libertad y el campo propicio del juego democrático. Una relación similar, quizás menor, existe en todos nuestros países de América Latina. En otros, sin embargo, es mayor, como precisamente ocurre en la República Dominicana, donde con sus 120 Municipios nos da una relación promedio de 75.000 habitantes de municipio.

Es cierto que el municipalismo es parte de nuestra historia política y constitucional, al punto de que los Cabildos fueron los que hicieron la Revolución de Independencia. Pero en la realidad democrática contemporánea, nuestros municipios siguen siendo casi iguales en territorio a los viejos municipios provinciales coloniales y no logran ser la cuna del ejercicio democrático, porque están demasiado lejos del ciudadano; lo que en muchos casos, también los hace inservibles para la adecuada gestión de los intereses locales. En otras palabras, el municipio muy lejos del ciudadano, ni sirve para la participación ni para la

gestión de las materias propias de la vida local; es decir, no sirve para nada, salvo para el clientelismo político.

En cuanto al Federalismo, este ha sido consustancial al constitucionalismo latinoamericano; pero la verdad es que las Federaciones latinoamericanas, las de México, Venezuela, Brasil y Argentina y las que fueron y ya no son en otros países, como por ejemplo en los de Centroamérica y en Colombia; todas han sido Federaciones centralizadas, muy poco propicias para una efectiva distribución vertical del Poder⁹. En los otros países de dimensión territorial importante, por lo demás, no se han logrado implantar niveles políticos intermedios; y las provincias, como sigue ocurriendo en República Dominicana, no son más que niveles territoriales del gobierno central con sus gobernadores civiles designados por el Poder Ejecutivo (art. 86).

Las reformas constitucionales de este siglo XXI, en nuestro criterio, tienen que apuntar al perfeccionamiento y arraigo de la democracia, y para ello no hay otro camino que no sea el impulsar la descentralización política, tanto a nivel intermedio como a nivel local, desparrramando efectivamente el Poder en el territorio. Como lo dice la Constitución de Venezuela de 1999, en el sentido de que:

La descentralización, como política nacional, debe profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales (art. 158).

Esto, sin embargo y lamentablemente, en Venezuela no ha pasado de ser un párrafo constitucional sin aplicación alguna, pues la misma Constitución en otras normas, contradictoriamente, regula una federación centralizada, donde no cabe la descentralización del poder.

⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, "El proceso de descentralización política en América Latina: la perspectiva federal", en *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, N° 1, julio-diciembre 1998, INAP, Madrid 1998, pp. 69-96; y en Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la organización territorial del Estado en Venezuela y en la América Colonial*, Caracas 1997, pp. 109-146

IV LA REAFIRMACIÓN DE LA SEPARACIÓN ORGÁNICA DE PODERES PARA ENFRENTAR EL AUTORITARISMO

En *cuarto* tema que debe guiar la reforma constitucional gira en torno al clásico principio de la separación de poderes.

Desde que la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 proclamó que “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución” (art. XVI); el principio de la separación orgánica de poderes como manifestación de la distribución horizontal del Poder, ha sido y continúa siendo el signo más arraigado del constitucionalismo contemporáneo para garantizar la libertad y por sobre todo, para asegurar el control del Poder.

Por ello, siempre que se ha conculcado la libertad y se han desconocido los derechos humanos, ello ha comenzado por la concentración del Poder y el desdibujamiento de los mecanismos para su control. Esa fue la experiencia de los países de Europa oriental durante el Siglo XX, en los cuales en contraste con la distribución horizontal del Poder propia de las democracias occidentales, se erigió el principio de la Unicidad del Poder, ubicándolo todo en una Asamblea popular que lo concentraba, de la cual dependía toda la organización del Estado y que controlaba todo. Esa estructura unitaria del Poder, que todavía existe en América Latina como un fósil político, por ejemplo en Cuba, en Europa estalló en mil pedazos quedando sus escombros enterrados en las ruinas del muro de Berlín.

Por ello, en las reformas constitucionales de nuestros países, tiene que arraigar el principio de la separación orgánica de poderes, como antídoto efectivo frente al autoritarismo. Incluso se debe consolidar la separación de Poderes más allá del Legislativo, del Ejecutivo y del Judicial como lo dispone el artículo 4 de la Constitución de la República Dominicana, y hacer partícipes efectivos del Poder Público, con rango constitucional como lo tienen desde hace décadas, a los órganos de autonomía funcional o de control, como las Contralorías Generales, el Ministerio Público, los Defensores del Pueblo o de los Derechos Humanos y los órganos electorales. En el caso dominicano, ese sería el caso del Procurador General de la República, de la Junta Central Elec-

toral, de la Cámara de Cuentas y del Consejo Nacional de la Magistratura, los cuales deben adquirir efectiva independencia.

Un ejemplo de este avance es la nueva estructura del Poder Público en la Constitución de Venezuela, en cuyo artículo 136 se establece que “El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral”. En este contexto, el llamado Poder Ciudadano comprende a la Contraloría General de la República, a la Fiscalía General de la República (Ministerio Público) y al Defensor del Pueblo.

Pero por elemental que sea el planteamiento no debe dejar de insistirse en la necesidad democrática de la efectiva reafirmación del principio de la separación de poderes, incluso más allá del verbalismo constitucional. No pasemos por alto que los fracasos de la representatividad y participación democráticas por los abusos de los partidos políticos, han hecho surgir en América Latina la tentación autoritaria que precisamente se monta sobre el concepto de la concentración del Poder, lo que se agrava aún más si al Poder Militar se lo erige como Poder no subordinado. Ya en el Perú se vieron manifestaciones en esta orientación, incluso con carta de naturaleza constitucional; pero las más graves se están viendo en Venezuela, implantadas en la propia Constitución.

En efecto, a pesar de la antes mencionada flamante separación del Poder Público en cinco conjuntos de órganos del Estado que deberían ser autónomos e independientes entre sí –de eso se trata la separación de poderes–, en la Constitución venezolana encontramos una absurda distorsión de dicha separación, que es necesario advertir para que no pueda servir de ejemplo¹⁰; y ello en tres sentidos: en *primer lugar*, en el otorgamiento a la Asamblea Nacional, que como órgano político que ejerce el Poder Legislativo y de control, del poder de remover de sus

¹⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Democracia y control del poder: la penta división del poder y el secuestro del Poder Electoral y sus consecuencias”, conferencia dictada en las IV Jornadas Colombo Venezolana de Derecho Público, Fundación de Derecho Público, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 10-06-2004; publicada en Allan R. Brewer Carías, *Constitución, Democracia y Control el Poder*, Universidad de los Andes, Consejo de Publicaciones, Editorial Jurídica Venezolana, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales, Mérida 2004, pp. 35-92.

cargos –léase bien, *remover*- a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, al Fiscal General de la República, al Contralor General de la República, al Defensor del Pueblo y a los Miembros del Consejo Nacional Electoral (arts. 265, 279 y 296); y en algunos casos, por simple mayoría. Esto, sólo, contradice el principio de la separación de poderes: no puede haber independencia cuando se sabe que el Poder político puede reaccionar contra el magistrado, si no decide conforme a su criterio; lo que por lo demás ha ocurrido luego de sancionarse la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en 2004¹¹, incluso con el sólo voto de la mayoría absoluta de los diputados.

En *segundo lugar*, en la previsión de la delegación legislativa por parte de la Asamblea Nacional al Presidente de la República, mediante una ley habilitante, para regular mediante decreto-ley cualquier materia (arts. 203, y 236, ord. 8), lo que ha dado al traste, incluso, con la garantía de la reserva legal que exige ley formal del Parlamento para la regulación y restricción de los derechos humanos.

Y en *tercer lugar*, con la eliminación en Venezuela del Senado, no sólo como Cámara Federal para balancear la Cámara de representantes, sino como instrumento para garantizar la participación igualitaria de los Estados en la elaboración y control de las políticas nacionales, y una más adecuada técnica legislativa.

Con estos tres atentados al principio de la separación de poderes, Venezuela, con su nueva Constitución, no sólo entró en el libro de récord de las contradicciones constitucionales (una Federación sin Senado; una delegación legislativa ilimitada, que sustituye al Legislador; y una concentración inusitada del poder en el órgano político representativo), sino que ha abierto el camino constitucionalizado al autoritarismo; sobre todo si a ello se agrega el acentuado militarismo, también constitucionalizado.

Por otra parte, no hay que perder de vista otros aspectos de la nueva Constitución venezolana que deberían evitarse a toda costa. Por ejemplo, en ella desapareció el principio de la subordinación de la au-

¹¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004.

toridad militar a la civil, así como la prohibición tradicional del ejercicio simultáneo de mando militar con autoridad civil; desapareció el carácter no deliberante y apolítico de la Fuerza Armada que la Constitución dominicana conserva en su artículo 93; desapareció, incluso, la obligación tradicional de la Fuerza Armada de velar por la estabilidad de las instituciones democráticas. La Institución militar, así, ha adquirido casi la característica de un Poder más, de carácter autónomo dentro del Estado, cuyo único vínculo con los demás Poderes es que tiene como Comandante en Jefe al Presidente de la República. Se eliminó, así, por ejemplo la intervención del órgano legislativo (antes del Senado) de aprobar los ascensos militares. Se insiste, nada de esto debe seguirse como modelo en procesos de reforma constitucional¹².

En contraste con la incubadora autoritaria que en este aspecto constituye la Constitución de Venezuela, las reformas constitucionales en América Latina en este Siglo XXI, al contrario, tienen que buscar estructurar un auténtico sistema de separación, balance y contrapeso de poderes, para garantizar la libertad. En el constitucionalismo, ciertamente, aún no hemos inventado otro sistema más efectivo de garantía de la libertad y contra el abuso del poder, que no sea su efectiva separación orgánica, su independencia y autonomía, que es lo único que puede permitir el control del Poder.

¹² Véase Allan R. Brewer-Carías, "Reflexiones críticas sobre la Constitución de 1999", conferencia dictada en el Seminario Internacional: "El Constitucionalismo Latinoamericano del Siglo XXI" en el marco del LXXXIII Aniversario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 31-01-00; publicada en Diego Valdés, Miguel Carbonell (Coordinadores), *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*, Cámara de Diputados. LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000, pp. 171-193; en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 2000, pp. 7-21; en *Revista Facultad de Derecho, Derechos y Valores*, Volumen III N° 5, Universidad Militar Nueva Granada, Santafé de Bogotá, D.C., Colombia, Julio 2000, pp. 9-26; y en *La Constitución de 1999*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 14, Caracas 2000, pp. 63-88

V. LA NECESARIA REFORMULACIÓN DEL PRESIDENCIALISMO PARA FRENAR SUS TENDENCIAS AUTORITARIAS

En *quinto lugar* está el tema del sistema de gobierno y particularmente, del sistema presidencial, que como sabemos es endémico de América Latina.

Es cierto que en toda la historia republicana nunca hemos tenido en nuestro Continente algún ejemplo de sistema parlamentario de gobierno. Así como el parlamentarismo es propio de Europa, porque surgió de la separación de poderes aplicado a sistemas monárquicos, el presidencialismo, desde que se inició el republicanismo se propagó por todo el Continente Americano como resultado de la adopción del mismo principio de la separación de poderes, pero en un esquema republicano.

Pero si bien el presidencialismo latinoamericano tuvo su fuente inicial en el norteamericano, actualmente puede decirse que no hay un presidencialismo “puro”, como tampoco existe el federalismo “puro” en ninguna parte del mundo. La verdad es que progresivamente se ha venido configurando un sistema de gobierno presidencial latinoamericano, en el cual se han incrustado todo tipo de elementos clásicos del parlamentarismo. Por ello se ha hablado del sistema presidencial con sujeción parlamentaria o de presidencialismo intermedio, moderado, modificado, atenuado o racionalizado¹³.

No se olvide, por ejemplo, que en el sistema latinoamericano en general y muy lejos del sistema norteamericano, no se concibe al Ejecutivo como unipersonal, pues el Presidente de la República en general actúa con el refrendo de los Ministros o en Consejo de Ministros; y con responsabilidad política solidaria ante la Asamblea. Por ello, el Ejecutivo tiene iniciativa legislativa y los Ministros no sólo pueden ser interpelados por la Asamblea, sino que tienen derecho de palabra en ellas, y varias Constituciones ya establecen el voto de censura a los Ministros, originando su remoción. El sistema dominicano, en contraste, tal como

¹³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La distribución horizontal del Poder Público y el sistema de gobierno, Tomo III, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1996.

resulta del texto constitucional, nos presenta un Ejecutivo unipersonal, con Secretarios de Estado sólo para el despacho de los asuntos de la Administración Pública (art. 61), cuya comparecencia a las Cámaras legislativas es excepcional, cuando sea acordado por las dos terceras partes de los miembros presentes (art. 37).

Debe destacarse, por otra parte, que incluso recientemente, como ha sucedido en Argentina con el Jefe de Gabinete y en la reciente Constitución de Venezuela, con el Vicepresidente Ejecutivo, de designación exclusivamente ejecutiva, se han incorporado al sistema de gobierno latinoamericano otros elementos, que sin tener nada que ver con la figura parlamentaria del Primer Ministro, buscan establecer un puente expedito entre el Ejecutivo y la Asamblea y hacer más efectivo el funcionamiento de la Administración del Estado. Todo ello, sin embargo, sin separar la jefatura del Estado de la jefatura del Gobierno, las cuales continúan coincidiendo en el Presidente de la República.

A estas reformas se agrega la figura del *ballottage* en la elección presidencial directa, bastante generalizada en toda América Latina, con muy contadas excepciones como el caso de Venezuela, en cuya novísima Constitución, al contrario, se siguió la tradición de la elección presidencial por mayoría relativa. A esto se agrega que la posibilidad de reelección inmediata del Presidente de la República, lo que contrariamente a la tendencia en otros países, se introdujo por primera vez en muchas décadas, en la Constitución venezolana de 1999.

En todo caso, el reto de la reforma constitucional con visión democrática en nuestros países, es tratar de terminar de encuadrar o conceptualizar el sistema de gobierno presidencial, teniendo presente que el principal problema que históricamente hemos tenido y que parece comenzar a revivir en algunas Constituciones como la venezolana, es el autoritarismo constitucional, que conduce al ejercicio del poder en forma unipersonal, sin partidos políticos que sirvan de intermediarios entre la sociedad civil y el poder, sin controles ni contrapesos efectivos y con un poder militar autónomo. He allí el reto que tenemos para la reforma constitucional: identificar el sistema de gobierno con sus orígenes presidenciales, vacunándolo contra el autoritarismo constitucional; para lo cual, entre otros factores, es indispensable establecer un

verdadero control parlamentario, que no se quede en la obstrucción gubernamental, y que garantice el balance entre los Poderes del Estado; y además, el control judicial de los actos administrativos y demás actos del Poder Ejecutivo. En esta forma, la Jurisdicción Contencioso Administrativa debería constitucionalizarse como ha sido tradición en Venezuela desde la Constitución de 1961 (art 206, equivalente al artículo 259 de la Constitución de 1999).

VI. LA REFORMULACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PARA LOGRAR SU INDEPENDENCIA Y SU AUTONOMÍA EFECTIVAS

En *sexto lugar* está el tema del Poder Judicial y, en particular, el de su independencia y autonomía efectivas.

De la esencia misma del principio de la separación de poderes surge la necesidad de un Poder Judicial autónomo en el sentido de que para decidir sólo debe estar sujeto a la ley; y además, independiente, particularmente de los otros Poderes del Estado y de los grupos de intereses, de presión política o de cualquier otra naturaleza.

Hacia la preservación de la independencia judicial es que se han movido todos los sistemas constitucionales en todos los tiempos del constitucionalismo; y la opción tradicional ha estado no sólo en hacer a los jueces inamovibles sino limitar la participación directa y exclusiva del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo en la designación de los jueces.

El primer aspecto es crucial, y la inamovilidad de los jueces, como principio, por ejemplo, se establece en la Constitución dominicana (art. 63); correspondiendo sólo a la Suprema Corte de Justicia la autoridad disciplinaria y la destitución de los jueces (art. 67). Esta competencia, en todo caso, tendría que cumplirse mediante un proceso o juicio con las garantías del debido proceso; y no en el solo ejercicio de la función administrativa de gobierno del Poder Judicial.

Pero el tema de la inamovilidad de los jueces, donde adquiere real valor para preservar el equilibrio de poderes, es en relación con los magistrados del Tribunal Supremo. Una vez estos nombrados, sea cual sea el método de elección, ningún otro poder del Estado podría removerlos. Por ello, ningún país debería seguir el ejemplo de la Constitu-

ción de Venezuela de 1999, que atribuye a la Asamblea Nacional la potestad de remover a dichos magistrados, con lo que la independencia del Poder Judicial no pasa de ser una simple declaración vacía en el texto constitucional, lamentablemente haciendo a los Magistrados órganos dependientes de la Asamblea y del poder político

Pero en cuanto a la designación de los magistrados del Tribunal Supremo para asegurar su independencia, las reformas constitucionales en América latina marcan una tendencia a neutralizar la injerencia del Poder Ejecutivo en la Administración del sistema judicial.

Por ello, en la mayoría de los casos, se atribuye al Parlamento la potestad de designar a los miembros del Tribunal Supremo; y en algunos casos, en forma limitada al regularse Consejos de Postulaciones integrados por representantes de la sociedad civil, como ocurre en Honduras, y como está previsto en la Constitución de Venezuela, aún cuando legislativamente distorsionado al convertirse ese Consejo de Postulaciones en una Comisión Parlamentaria ampliada integrada además de por diputados, por algunos miembros externos de ONGs designados a dedo, pero presidida en todo caso por un diputado¹⁴.

La búsqueda de la independencia judicial, por otra parte, ha hecho florecer en América Latina a una institución de origen europeo y con antecedentes en Italia desde 1907, que es el Consejo de la Judicatura o de la Magistratura; concebido con rango constitucional con autonomía funcional respecto de los tres clásicos poderes, al cual se le ha atribuido en general la función constitucional de velar por la independencia del Poder Judicial, desarrollar la carrera judicial comenzando por la designación de los jueces y ejercer la función disciplinaria judicial. En contraste, debe destacarse que este no es el caso del Consejo de Nacional de la Magistratura de la República Dominicana, cuya única función es la de designar a los jueces de la Suprema Corte de Justicia (art. 64); sin

¹⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, "La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004", conferencia en las XXX Jornadas J.M. Domínguez Escobar sobre "Administración de Justicia y Derechos Humanos". Instituto de Investigaciones Jurídicas, Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto, 11-01-2005, publicado en el libro: *XXX Jornadas J.M. Domínguez Escobar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto 2005, pp.33-174.

competencia alguna en materia de gobierno y administración del Poder Judicial que corresponde al Supremo Tribunal (art. 67)

En todo caso, la figura del Consejo de la Magistratura como cabeza del gobierno y administración del Poder Judicial, puede decirse que se ha generalizado completamente en América Latina, al punto de que se puede considerar ya como propia del constitucionalismo latinoamericano.

Todo comenzó con la creación en la Constitución de Venezuela de 1961 del Consejo de la Judicatura, que comenzó a funcionar en 1970, lo cual fue seguido en el Perú en 1979 con la creación del Consejo Nacional de la Magistratura. En la década de los ochenta la institución se estableció en El Salvador, Panamá y Brasil, y en los noventa en Colombia, Paraguay, Ecuador, Bolivia, Costa Rica, Argentina y México. Con la creación de esta institución, por supuesto se ha producido un vaciamiento de competencias de las Cortes o Tribunales Supremos en materia de administración del sistema judicial, lo cual comienza ahora a ser evaluado con la experiencia.

Y no podemos dejar de destacar en este campo, de nuevo, el caso venezolano, que habiendo sido el primer país de América Latina en introducir la institución con rango constitucional, también, ahora, ha sido el primer país en desaparecerla, al atribuir la nueva Constitución 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” (art. 267).

Esta norma, al ser de carácter orgánico, como lo ha decidido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, debió ser de aplicación inmediata, por lo que a partir del 1º de enero de 2000 el Tribunal Supremo debió haber asumido tal competencia, absorbiendo la estructura administrativa y burocrática del antiguo Consejo de la Judicatura. Lamentablemente, la omisión constitucional del Tribunal Supremo abrió la vía para una transitoriedad que parece eterna, y hoy continúa funcionando una “Comisión de Reestructuración y Funcionamiento del Poder Judicial” creada en 1999 por la Asamblea Nacional Constituyente, antes de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, la cual, contrariamente a la jurisdicción disciplinaria que exige la Constitución,

ejerce las competencias que debían corresponder a los tribunales disciplinarios. Los jueces en Venezuela, han quedado a la merced de esta Comisión, y más del 90% de los mismos son provisionales por las destituciones ocurridas.

Es decir, el gobierno de la administración de justicia a cargo del Tribunal Supremo, si éste órgano ha sido nombrado a dedo por la mayoría parlamentaria controlada por el Poder ejecutivo, como ha sucedido en Venezuela, contrariamente a garantizar la independencia y autonomía de los jueces, a lo que ha conducido durante estos últimos años es a “depuraciones” sucesivas del Poder Judicial nunca antes vistas y a la designación de jueces provisionales, que han terminado siendo la mayoría. Lo cierto es que a independencia de los jueces desapareció en Venezuela, precisamente por la dependencia derivada de su designación provisional.

De ello resulta que el remedio que se quiso introducir a los males derivados de la actuación del antiguo Consejo de la Judicatura, que sin duda había originado una forma de dependencia del sistema judicial inicialmente de los partidos políticos y luego de grupos de jueces que se enquistaron en la Judicatura, deformando y corrompiendo el sistema de justicia¹⁵; ha causado otro mal peor, y es otra dependencia, pero respecto del Poder. Algo similar, pero mediante la deformación del Consejo de la Magistratura a través de leyes sucesivas, ocurrió desde 1994 en el Perú, con la consecuencia de que la mayoría de los jueces terminaron siendo suplentes o provisionales y, por tanto, con dependencia del Poder. Ello, al final, originó la renuncia masiva de los Consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura en 1998, denunciando las violaciones constitucionales cometidas por el Congreso.

Por todo ello, el tema de la independencia del Poder Judicial sigue siendo otro de los grandes retos de América Latina para la Constitución del Siglo XXI. Todo se ha ensayado, pero aún carecemos del mo-

¹⁵ Allan R. Brewer-Carías, “Problemas del Poder Judicial”, conferencia dictada en la Reunión del Grupo Santa Lucía, Curazao, 27-11-87, publicada en Allan R. Brewer-Carías, *Problemas del Estado de Partidos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988.

delo adecuado para asegurar dicha independencia respecto de los otros poderes del Estado.

En todo caso, también están pendiente de solución los mecanismos legales para la protección de los jueces. Si queremos que sean autónomos e independientes, hay que protegerlos frente a las presiones indebidas, provengan del Poder o de los intereses privados. Definitivamente estamos en un círculo vicioso que tiene que romperse: no se protege a los jueces porque se desconfía de su autonomía e independencia, pero nunca lograrán ser autónomos e independientes, si no se les protege de presiones.

Pero además del tema de la independencia judicial en relación con la actuación de los jueces y con su autonomía está el conflicto entre el formalismo y la justicia, respecto del cual, en muchos casos, los procedimientos legales inclinan la balanza a favor de la formalidad de la ley sacrificando la justicia. Hay que hacer esfuerzos porque la justicia, en su forma más elemental de dar a cada quien lo que le corresponde, pueda actualizarse independientemente de las formas, y a la búsqueda de esa justicia material es que apunta, por ejemplo, el texto de la Constitución venezolana de 1999, al establecer expresamente que el Estado de Derecho es además un Estado de Justicia (art. 22); que el Estado debe garantizar una “justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles” (art. 26); que en materia de la acción de amparo el procedimiento debe ser “oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad” (art. 27); y que, en general, en el proceso “No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales” (art. 257).

Pero una cosa en el imperio de la justicia sobre los formalismos no esenciales, cuya observancia ciega no puede sacrificar la primera; y otra es pretender dar al juez libertad absoluta respecto de su sujeción al derecho positivo. Su autonomía consiste en sujeción a la ley, y sólo a la ley; lesionaría la propia autonomía y la seguridad jurídica si el juez, respecto de normas sustantivas, pudiera apartarse de ellas so pretexto de aplicar su concepción subjetiva y temporal de la justicia. Así, el derecho quedaría sustituido por la anarquía.

Pero en todo caso, el juez, precisamente por su autonomía e independencia, es responsable de sus decisiones. De allí que deba destacarse la previsión expresa en la Constitución Venezolana de la responsabilidad del Estado y de los Jueces por las actuaciones judiciales, particularmente por error judicial, retardo u omisiones injustificadas (art. 49, ord. 8); y en particular de los jueces, además, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación y parcialidad, y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones (art. 255).

VII. EL REDIMENSIONAMIENTO DE LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE SU PROTECCIÓN JUDICIAL

En *séptimo lugar* está el tema de los derechos humanos, cuya protección efectiva tiene que ser la finalidad principal del Estado, como lo declara la misma Constitución de la República Dominicana (art. 8).

Debemos recordar, sin embargo, que la batalla por el reconocimiento universal de los derechos humanos, si bien comenzó con el constitucionalismo moderno desde la Revolución Norteamericana en 1776, sólo comenzó a cristalizar efectivamente, con su Declaración Universal por todos los países civilizados después de la segunda guerra mundial, lo cual ha venido progresivamente dando sus frutos en las Constituciones contemporáneas.

No sólo en todos los textos constitucionales se han incorporado declaraciones de derechos, tanto individuales como sociales, culturales, económicos, políticos, ambientales e incluso de los pueblos indígenas; sino que también se han regulado sus garantías fundamentales como la igualdad ante la ley, su irretroactividad, la reserva legal, el acceso a la justicia, el debido proceso y la protección judicial inmediata por la vía del amparo o la tutela.

El amparo a los derechos humanos, así, puede decirse que es una institución propia del constitucionalismo latinoamericano, que si bien tiene su antecedente en la institución mexicana del juicio de amparo adoptada a mitades del Siglo XIX, en las últimas décadas se ha configurado en la mayoría de los países latinoamericanos como un derecho constitucional de todos a ser amparados por los Tribunales, mediante

mecanismos o acciones judiciales mucho más protectivos que la propia institución original mexicana, entre los cuales está la acción de amparo, la de *habeas corpus* y la de *habeas data* ya bastante generalizada¹⁶.

La reforma constitucional en la República Dominicana tendría por supuesto que continuar esta línea de afianzamiento de la acción de amparo o tutela de todos los derechos constitucionales, no sólo frente a los Poderes Públicos sino también ante los particulares que los violen; constitucionalizando los desarrollos jurisprudenciales sentados en la materia desde la sentencia de 24 de septiembre de 1999 (Caso: *Productos Avon. S.A.*) de la Suprema Corte de Justicia¹⁷.

Pero en esta materia, el más grande reto de la Constitución de América Latina para el Siglo XXI, es el de la constitucionalización de la internacionalización de la protección de los derechos humanos. Recordemos, en efecto, que si bien el régimen de los derechos humanos inicialmente fue de origen constitucional, luego se internacionalizó progresivamente con las Declaraciones Americana y Universal de 1948, los Pactos Internacionales de 1966 y la Convención Americana de los Derechos Humanos de 1969, además de los múltiples tratados multilaterales protectivos de los mismos; hasta el establecimiento de sistemas internacionales de protección.

Toca ahora otra etapa, de retroalimentación del constitucionalismo, con la incorporación, precisamente en los Textos Fundamentales, de los progresos logrados en esta materia en el ámbito internacional¹⁸.

¹⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Derecho y acción de amparo, Tomo V, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1998, 577 pp.

¹⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, "La admisión jurisprudencial de la acción de amparo, en ausencia de regulación constitucional o legal en la República Dominicana", en *Revista IIDH*, No. 29, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1999, pp. 95-102; y en *Iudicium et vita, Jurisprudencia en Derechos Humanos*, N° 7, Edición Especial, Tomo I, San José, 2000, pp. 334-341.

¹⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, "El fortalecimiento de las instituciones de protección de los derechos humanos en el ámbito interno" en Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Colección Cuadernos de la Cátedra Fundacional Doctor Charles Brewer Maucó "Historia del Derecho en Venezuela", Universidad Católica Andrés Bello, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 61-104.

La dirección en este sentido se ha venido conformando en los últimos años, por ejemplo en la Constitución de Guatemala de 1985 y de Argentina de 1994, al dársele rango constitucional a tratados y convenciones sobre derechos humanos, lo cual se ha perfeccionado en la reciente Constitución de Venezuela de 1999, que no sólo establece la obligación del Estado de garantizar a toda persona “conforme al principio de la progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos” (art. 19); sino que precisa que:

Artículo 23: Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

En esta forma, todos los instrumentos internacionales en la materia tienen no sólo rango constitucional, sino incluso supraconstitucional, cuando contengan normas más favorables para el goce y ejercicio de los derechos respecto de las previstas en la Constitución¹⁹.

Además, la Constitución de Venezuela, al establecer la clásica cláusula abierta de protección de los derechos y garantías inherentes a la persona, no enunciados expresamente en la Constitución, no sólo se refiere a estos sino también a los no enumerados en los propios instrumentos internacionales sobre derechos humanos (art. 22).

Pero la Constitución venezolana, en esta materia, además, no sólo establece la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, de violaciones graves de los derechos humanos y de crímenes de guerra, los cuales en todo caso deben ser juzgados por los tribunales ordinarios quedando excluidos de los beneficios que puedan conllevar a su impunidad, como el indulto y la amnistía (art. 29); sino que prescribe expresamente que el Estado tiene “la obligación de indemnizar integralmen-

¹⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II (9 septiembre-17 octubre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

te a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables o a su derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios”, debiendo adoptarse “las medidas legislativas y de otra naturaleza” para hacer efectivas tales indemnizaciones (art. 30).

En esta forma puede decirse que se ha constitucionalizado la obligación que deriva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como resultado de las sentencias de la Corte Interamericana; estableciéndose, además, en la propia Constitución el derecho ciudadano de acceso a la justicia internacional, así:

Artículo 31: Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos;

Agregándose además, en la norma, la obligación del Estado de adoptar “conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales”.

Este marco de constitucionalización de la internacionalización de la protección de los derechos humanos, en nuestro criterio, sin duda es un buen ejemplo de progreso en esta materia que permite identificar una orientación clara para la formulación de la Constitución de América Latina para el Siglo XXI.

VIII. EL REDIMENSIONAMIENTO DEL ESTADO SOCIAL PARA ABRIRLO A LA PARTICIPACIÓN

En *octavo lugar* está el tema del Estado Social y su redimensionamiento, respecto del cual se puede destacar, por ejemplo, a la Constitución de Colombia de 1991 (art. 1) y a la reciente de Venezuela de 1999 (art. 2), las cuales siguiendo la terminología de la Constitución alemana de 1949 (art. 20,1) y de la española de 1978 (art. 1), quizás tardíamente han calificado formalmente al Estado como “Estado Democrático y Social de Derecho”, siguiendo las transformaciones de las últimas décadas del Estado contemporáneo.

La idea del Estado Social, en efecto, apareció precisamente a partir de la Segunda postguerra como consecuencia de la transformación social provocada por la urbanización o la desruralización en gran escala, que originó una masa enorme proletariado urbano e industrial que comenzó a reclamar la protección del Estado y, además, el acceso al Poder, haciendo que el Estado tuviera que asumir un rol protector y benefactor, en definitiva social, lo cual luego resultó inevitable ante la quiebra generalizada de las economías después de la Segunda Guerra Mundial.

Surgió así el Estado Social, en muchos casos rico y todopoderoso (como en Venezuela, por ser Estado petrolero), el cual asumió para sí la justicia social. El Estado dejó de ser sólo regulador y se convirtió en gestor, asumiendo directamente la carga, *primero*, ni siquiera de redistribuir la riqueza sino de distribuirla directamente, subsidiándolo todo, sustituyendo al ciudadano contribuyente y ahuyentando toda idea de solidaridad social; y *segundo*, prestando toda clase de servicios públicos para asegurar el funcionamiento de la sociedad. El Estado Social se convirtió así, en el único responsable del bienestar de la colectividad, al cual se reclamaba todo y lo pretendía solucionar todo, con vistas a asegurarle a todos una existencia digna y provechosa. Ello lo llevó no sólo a prestar todos los servicios públicos, y tratar de suministrar a la población todos los beneficios sociales inimaginables; sino a asumir una intervención directa y activa en la economía, llegando a ser empresario de todo y, además, dirigiendo y ordenado la economía en su conjunto.

La consecuencia de todo ello fue una desatada inflación administrativa, surgiendo así una Administración Pública centralista y todopoderosa, que apagó progresivamente las autonomías territoriales y locales, y que originó empresas públicas de todo tipo.

Ese Estado Social, por cierto, desde hace 20 ó 30 años está en un proceso de observación y en plena transformación. Es decir, el Estado rico, todopoderoso, intervencionista, empresario, prestador de todos los servicios, asistencial, asegurador de los beneficios sociales, benefactor, paternalista y, por tanto, industrial, hotelero y hasta organizador monopólico de loterías y juegos; simplemente terminó en el mundo contemporáneo y ya no podrá ser más lo que fue. El Estado, hoy, con la

complejidad creciente del mundo moderno y la quiebra generalizada de las finanzas públicas, es incapaz de seguir siendo el Estado Social benefactor de hace varias décadas, que todo lo daba, que todo lo aseguraba, que todo lo prestaba y que todo lo atendía.

No se olvide que ese Estado Social, ante todo, acabó con las iniciativas privadas y minimizó a la sociedad civil, la cual fue sustituida por la burocracia pública. Al controlar, dirigir, someter y regular todo, el Estado no ha dejado libre a la iniciativa privada, a la cual, por lo demás, no logra siquiera suplirla a medias pues no sólo no tiene recursos suficientes para ello, sino que se ha endeudado excediendo su capacidad de pago.

Ese Estado Social ineficiente y agobiado por tantas demandas, tiene que sufrir un proceso de racionalización definitiva, de desregulación y de privatización, para liberar la iniciativa privada y permitir la participación privada en las tareas públicas, y así poder ocuparse de las funciones básicas que ha descuidado. Basta del Estado que todo lo pretende hacer y controlar, mediante funcionarios controladores que no tienen la capacidad y la experiencia de los ciudadanos controlados; pues, en definitiva, aquellos terminan no haciendo ni controlando nada, y estos también terminan haciendo lo que quieren, en muchos casos intermediando la corrupción.

La Constitución de América Latina para el Siglo XXI, sin duda, tiene que redefinir el papel del Estado Social, para asegurar los principios de justicia social del régimen económico, tanto público como privado; pero para ello tiene que deslastrarse de la imposición a los particulares de tantas limitaciones y controles –tiene que desregularse–; y tiene que salir de tantas empresas y actividades que tiene que privatizar, de manera que se liberen las iniciativas privadas, se asegure la participación de la sociedad civil y el sector privado en tantas tareas tradicionalmente públicas, y el Estado se concentre en la conducción y asunción de las políticas públicas que aseguren seguridad, salud, educación, infraestructura y servicios a todos y con la participación de todos.

En este aspecto, por ejemplo, el modelo que no se debe seguir es el de la reciente Constitución de Venezuela de 1999, que plantea un es-

quema de organización del Estado Social montado en el estatismo, el paternalismo y el populismo más tradicionales, con la consecuente minimización de las iniciativas privadas, que hace responsable al Estado de casi todo, pudiendo regularlo todo²⁰. Dicha Constitución no asimiló la experiencia del fracaso del Estado regulador, de control, planificador y empresario de las últimas décadas, ni entendió la necesidad de privilegiar las iniciativas privadas y estimular la generación de riquezas y empleo por la sociedad. El resultado de dicho texto constitucional en materia económica, visto globalmente y en su conjunto, es el de una Constitución hecha para la intervención del Estado en la economía y no para el desarrollo de la economía bajo el principio de la subsidiariedad de la intervención estatal.

En materia social, por otra parte, el texto de la Constitución venezolana pone en evidencia un excesivo paternalismo estatal y la minimización de las iniciativas privadas, por ejemplo, en materia de salud, educación y seguridad social. La regulación de estos derechos en la Constitución no sólo pone en manos del Estado excesivas cargas, obligaciones y garantías, de imposible cumplimiento y ejecución en muchos casos, sino que minimiza al extremo de la exclusión, a las iniciativas privadas. En esta forma, servicios públicos esencial y tradicionalmente concurrentes entre el Estado y los particulares, como los de educación, salud y seguridad social, aparecen regulados con un marcado acento estatista y excluyente.

²⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, "Reflexiones críticas sobre la Constitución de 1999", en Diego Valadés, Miguel Carbonell (Coordinadores), *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*, Cámara de Diputados. LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000, pp. 171-193; en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 2000, pp. 7-21; en *Revista Facultad de Derecho, Derechos y Valores*, Volumen III N° 5, Universidad Militar Nueva Granada, Santafé de Bogotá, D.C., Colombia, Julio 2000, pp. 9-26; y en *La Constitución de 1999*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 14, Caracas 2000, pp. 63-88

IX. LA CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

En *noveno lugar* está el tema del control judicial de la constitucionalidad de las leyes que, por sobre todo, también es un tema del constitucionalismo latinoamericano²¹.

No se olvide que la cláusula de supremacía que tenía la Constitución de los Estados Unidos de América fue adoptada, ampliada, en América Latina, a partir de la Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811, en la cual, además, se estableció en forma expresa la garantía objetiva de la Constitución, declarándose nulas y sin valor, las leyes y actos estatales contrarios a la Constitución. Se constitucionalizó, así, en América Latina, ocho años después, lo que la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica había deducido, en forma pretoriana, a partir del caso *Marbury vs. Madison* de 1803. Por ello encontramos en los textos constitucionales de nuestros países, declaraciones como las del artículo 46 de la Constitución de la República Dominicana, en el sentido de que “Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución”.

Incluso sin declaraciones de este tipo, el llamado control difuso de la constitucionalidad de las leyes se instaló en América Latina desde del Siglo XIX y así sucedió en Argentina, a partir de 1887, con el caso *Sojo*; en México, a partir de 1847, con la introducción en la Constitución del juicio de amparo; en Brasil, a partir de su previsión expresa en la Constitución de 1891; en Venezuela, a partir de su consagración expresa en el Código de Procedimiento Civil de 1897 (constitucionalizado ahora en el texto de 1999).

La tendencia siguió durante en el Siglo pasado con la constitucionalización del control difuso en Colombia, a partir de su consagración

²¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law. New Series, Cambridge University Press, Cambridge 1989; “La jurisdicción constitucional en América Latina” en Domingo García Belaúnde-Francisco Fernández Segado (Coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Ibero América*, Dykinson S.L. (Madrid), Editorial Jurídica Venezolana (Caracas), Ediciones Jurídicas (Lima), Editorial Jurídica E. Esteva (Uruguay), Madrid 1997, pp. 117-161

expresa en la reforma constitucional de 1910; en Guatemala, en la Constitución de 1921, y luego más recientemente en las Constituciones de Honduras (1982), Perú (1993), Bolivia (1994) y Ecuador (1996).

La última de las constituciones latinoamericanas en constitucionarizar en forma expresa el control difuso de la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos, como se dijo, ha sido la Constitución de Venezuela de 1999, en la cual se estableció no sólo que “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico” de manera que “Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a la Constitución” (art. 7), sino que se reguló expresamente la garantía judicial de dicha supremacía, al establecerse que:

Artículo 334: Todos los jueces de la República en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución.

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.

Las reformas constitucionales en América Latina, en nuestro criterio, tienen que reafirmar este control difuso de la constitucionalidad de las leyes como mecanismo de garantía judicial de la Constitución, conforme al cual todos los jueces, en los casos concretos que deban decidir, son jueces de la constitucionalidad de las leyes y normas, al punto de que pueden desaplicarlas al caso concreto cuando las juzguen inconstitucionales, aplicando con preferencia la Constitución.

Pero no sólo el control difuso de la constitucionalidad de las leyes es consustancial al constitucionalismo latinoamericano y debe ser afianzado en el futuro, sino que también, el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes por un Tribunal Supremo o una Corte Constitucional también debería ser afianzado en la Constitución, pues incluso tuvo su origen en nuestros países.

En efecto, no hay que dejar de mencionar que ochenta años antes de que Hans Kelsen ideara el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes el cual, por la tradicional desconfianza europea respecto de los tribunales y la vigencia en la época del principio de la so-

beranía parlamentaria, fue atribuido a un Tribunal Constitucional separado del Poder Judicial; a partir de 1858, en América Latina, ya se había establecido en la Constitución venezolana de la época, la competencia anulatoria de la Corte Suprema, por razones de inconstitucionalidad, de determinadas leyes²².

Este método de control que atribuye a una Jurisdicción Constitucional el poder anulatorio respecto de las leyes inconstitucionales, se caracteriza precisamente por esto último, y no por el órgano que conforma la Jurisdicción Constitucional, que puede ser sea la Corte Suprema o un Tribunal Constitucional especializado. Por ello, el órgano estatal dotado de este poder de ser el único juez constitucional con poder anulatorio respecto de las leyes, puede ser el Tribunal o Corte Suprema como sucede en México, Brasil, Panamá, Honduras, Uruguay, Paraguay, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica y Venezuela, aún cuando en estos cinco últimos países sea a través de una Sala Constitucional del Tribunal o Corte Suprema; pero también puede tratarse de una Corte o Tribunal Constitucional creado especialmente por la Constitución, dentro o fuera del Poder Judicial, como sucede en Colombia, Chile, Perú, Guatemala, Ecuador o Bolivia.

En Venezuela, por ejemplo, la reciente Constitución de 1999 precisa que:

Artículo 334: ...Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa o inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley.

De esta norma resulta claro, por tanto, que lo que caracteriza a la Jurisdicción constitucional es el objeto del control (leyes, actos de rango legal o de ejecución inmediata o directa de la Constitución), más que el órgano o el motivo de control.

²² Véase Allan R. Brewer-Carías, *La justicia constitucional, Tomo VI, Instituciones políticas y constitucionales*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1996.

De lo señalado resulta que el control de la constitucionalidad de las leyes ha sido una tradición constitucional de América Latina, cuya implantación se remonta al Siglo XIX, pudiendo decirse, incluso, que ha sido en nuestro continente donde se ha originado el sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad, que combina el método difuso con el método concentrado de control de la constitucionalidad que se ha desarrollado, por ejemplo, en Colombia, Venezuela, El Salvador, Guatemala, Brasil, México, Perú y Bolivia; siendo incluso de origen Latinoamericano, la institución de la acción popular de inconstitucionalidad que existe en Colombia y Venezuela.

La República Dominicana, en esta materia de métodos de control de la constitucionalidad, por lo demás de origen o carácter latinoamericano, tiene sin duda un enorme campo para innovar y para desarrollar más los principios que derivan de la sola referencia que hoy tiene la Constitución en la materia (art. 67), cuando atribuye al Supremo Tribunal de Justicia competencia para conocer “de la constitucionalidad de las leyes, a instancias del Poder Ejecutivo, de uno de los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada”. En tal sentido, la Jurisdicción Constitucional debe ser constitucionalizada, extendiéndose el control de constitucionalidad no sólo respecto de las leyes, sino de todos los actos estatales dictados en ejecución directa de la Constitución, como los llamados *interna corporis* del parlamento o los actos de gobierno del Presidente de la República.

X. LA REFORMULACIÓN DE LOS MÉTODOS DE REVISIÓN O REFORMA CONSTITUCIONAL

Por último, en *décimo lugar*, está el tema de la revisión o reforma constitucional, que incide en uno de los principios más clásicos del constitucionalismo moderno, como es el de la rigidez.

Todas las Constituciones latinoamericanas han sido y son rígidas, en el sentido de que su revisión no puede hacerse mediante los métodos ordinarios de formación o reforma de la legislación ordinaria, sino que, al contrario, son especialmente establecidos para ello con un ma-

yor grado de complejidad²³. En la generalidad de los casos, en nuestros países se atribuye al órgano legislativo del Estado, mediante un procedimiento específico y quórum calificado, la potestad de revisar la Constitución como sucede en Bolivia, Costa Rica, Cuba, Chile, El Salvador, Honduras, Perú, México, Panamá y República Dominicana. En otros casos, además de la intervención del órgano legislativo, se exige la aprobación popular de la reforma, como sucede en Ecuador, Guatemala, Paraguay, Uruguay y Colombia. En otros países se regula la intervención adicional de una Asamblea Nacional Constituyente, institución que por ejemplo se encuentra regulada en forma expresa en las Constituciones de Colombia, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay y Venezuela. En otros países se distingue, además, el procedimiento para las Enmiendas del destinado a la Reforma Constitucional.

En todo caso, un aspecto fundamental que debe abordarse al reformar la constitución es el de conciliar las exigencias de las mutaciones constitucionales con los procedimientos propios de la rigidez constitucional para la revisión de las Constituciones y, en todo caso, resolver expresamente el conflicto que puede presentarse entre la soberanía popular y la supremacía constitucional.

En este aspecto, la recién experiencia venezolana puede servir de estudio de caso a los efectos de asimilar su experiencia y evitar sus efectos nocivos. La Constitución de 1961 establecía dos métodos de revisión constitucional: la Enmienda y la Reforma General, con procedi-

²³ Véase Allan R. Brewer-Carías, «Los procedimientos de revisión constitucional en Venezuela» en *I Procedimenti di revisione costituzionale nel Diritto Comparato*, Atti del Convegno Internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza di Urbino, 23-04-1997, Università Degli Studi di Urbino, pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza e della Facoltà di Scienze Politiche, Urbino, Italia, 1999, pp. 137-181; y en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 134, Caracas 1997, pp. 169-222. Más recientemente sobre el tema, Allan R. Brewer-Carías, “Models of Constitutional Review (Reform and Amendments) in Latin America”, Ponencia presentada al VI World Congress on Comparative Law, International Association of Comparative Law, Santiago de Chile, 08-01-2004, publicado como “Modelos de revisión constitucional en América Latina (Una aproximación comparativa)” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, enero-diciembre 2003, No. 141, Año LXVV, Caracas 2004, pp. 115-154; y en Allan R. Brewer-Carías, *Constitución, Democracia y Control el Poder*, Universidad de los Andes, Consejo de Publicaciones, Editorial Jurídica venezolana, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales, Mérida 2004, pp. 245-290

mientos diferenciados según la importancia de la revisión, en los cuales la parte preponderante estaba en el Congreso Nacional, exigiéndose referéndum aprobatorio sólo para las Reformas Generales. En la Constitución, a pesar de la importante experiencia histórica del país en la actuación de Asambleas Constituyentes, sin embargo, como sucede en la Constitución de la República Dominicana, no estaba prevista la posibilidad de convocar alguna para que pudiera asumir la tarea de revisar el Texto Fundamental y reformular el sistema político en crisis.

En 1999, sin embargo, el entonces recién electo Presidente de la República planteó la necesidad de convocar una Asamblea Nacional Constituyente, con lo cual muchas personas y sectores ajenos al Presidente estábamos de acuerdo, pero con la necesidad de preverla previamente mediante una enmienda en la Constitución²⁴.

Sin embargo, sin que esto último se hiciera, el Presidente de la República al tomar posesión de su cargo en febrero de 1999, decretó la convocatoria a un referéndum consultivo para el tema de la Asamblea Constituyente. La discusión constitucional que se había producido sobre dicha posibilidad que no tenía previsión constitucional, finalmente se había terminado con una ambigua decisión e interpretación de la Corte Suprema de Justicia la cual, fundada en el derecho a la participación como inherente a las personas, en enero de 1999 abriría el camino para la elección de la Asamblea Constituyente, lo que finalmente ocurrió, también después de intensos debates constitucionales judiciales, al aprobarse la iniciativa mediante referéndum en abril de 1999²⁵.

La Asamblea se eligió en julio de 1999, pero en lugar de concentrarse en la revisión constitucional, pretendió asumir poderes constituyentes originarios y colocarse por encima de los poderes constituidos, cuyos titulares habían sido electos meses atrás. Por supuesto, los conflictos constitucionales y políticos no se hicieron esperar y se sucedie-

²⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Serie Estudios N° 53, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999.

²⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente (Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente)*, Colección Estudios Jurídicos N° 72, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999

ron durante todo el segundo semestre de 1999²⁶, concluyendo el proceso, en principio, con la aprobación de la nueva Constitución la cual fue sometida a referendo aprobatorio en diciembre de 1999. La Asamblea Nacional Constituyente, sin embargo, e incluso al margen tanto de la nueva Constitución, como de la anterior, asumió poderes constitucionales paralelos, dictando normas de rango constitucional que, sin embargo, no fueron aprobadas por el pueblo, lo cual lamentablemente así fue aceptado por el nuevo Tribunal Supremo de Justicia, en marzo de 2000²⁷.

El resultado del proceso constituyente venezolano, en todo caso, ha sido la regulación en el texto Constitucional, de todas las modalidades de revisión constitucional (arts. 340 y sigts): en *primer lugar*, la Enmienda Constitucional destinada a adicionar o modificar uno o varios artículos de la Constitución, sin alterar su estructura fundamental, la cual luego de aprobada mediante un procedimiento especial por la Asamblea Nacional, debe someterse a referéndum aprobatorio; en *segundo lugar*, las Reformas Constitucionales con el objeto de revisar parcialmente la Constitución y sustituir una o varias de sus normas sin alterar los principios fundamentales del Texto, la cual también tiene un procedimiento algo más complicado y la necesidad de aprobación mediante referendo; y en *tercer lugar*, la Asamblea Nacional Constituyente para transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución. Por supuesto, a partir de la Constitución de 1999, y estando expresamente previsto en su texto, como un mecanismo para su revisión, esa Asamblea –al contrario de lo que ocurrió con la de 1999- no podría pretender asumir un poder constituyente originario, sino que para cumplir su misión, debe actuar en paralelo con los órganos de los Poderes constituidos.

²⁶ Véase nuestros aportes a dicho debate en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I (8 agosto-8 septiembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999

²⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002

El artículo 349 de la Constitución, sin embargo, establece que “los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente”, lo que podría conducir a que la Asamblea acuerde, por ejemplo, la cesación del mandato de los órganos de los poderes constituidos. El asunto, en todo caso, lo resuelve expresamente, la Constitución de Paraguay con una luminosa previsión:

Artículo 291: La Convención Nacional Constituyente es independiente de los poderes constituidos. Se limitará, durante el tiempo que duren sus deliberaciones, a sus labores de reforma, con exclusión, de cualquier otra tarea. No se arrogará las atribuciones de los poderes del Estado, no podrá sustituir a quienes se hallen en ejercicio de ellos, ni acortar o ampliar su mandato.

Una norma como esta, de haber existido en la Constitución venezolana de 1961, ciertamente nos hubiera ahorrado no sólo un año de conflictos políticos y constitucionales, sino el conjunto de “interpretaciones” constitucionales que la antigua Corte Suprema y el actual Tribunal Supremo tuvieron que hacer para justificar lo injustificable.

*

Las reformas constitucionales que se hagan en nuestros países de América Latina, sin duda, debe nutrirse de las experiencias derivadas de los conflictos vivos que se han producido en muchos de nuestros países, para prevenirlos o encauzarlos en su propio texto, y permitir las revisiones constitucionales necesarias e indispensables, particularmente en momentos de crisis del sistema político.

En América Latina, sin duda, tenemos suficiente experiencia constitucional como para poder aprender de nosotros mismos. Como dijimos al inicio, fue en nuestros países donde se comenzaron a ensayar todos los principios del constitucionalismo moderno, pues aquí fue que penetraron, en paralelo, las ideas y aportes de la Revolución Norteamericana de 1776 y de la Revolución Francesa de 1789. América Latina fue así un campo de ensayo de esos principios desde que se inició la Independencia a comienzos del Siglo XIX y, por supuesto, mucho antes que en la mayoría de los países europeos.

Aquí hemos probado de todo, y tenemos experiencia propia en todo lo que tenga que ver con la organización del Poder. Nuestras

Constituciones, por tanto, tienen que surgir de nuestras propias experiencias, para lo cual por supuesto tenemos que pasar por conocerlas, porque la verdad es que muchas veces los latinoamericanos no nos conocemos a nosotros mismos. De allí, a veces, la inadecuada importación de tantas instituciones de otras latitudes, que a veces se enquistan en nuestros sistemas constitucionales y no terminan ni siquiera de latino americanizarse.

Uno de los retos de la reforma constitucional es, por tanto, la identificación precisa de los grandes temas sobre los cuales debe versar , a lo que espero haber contribuido con estas reflexiones.

Pero debemos hacer una última reflexión: Una reforma constitucional, además de ser un asunto serio, es ante todo un asunto de todo un país, de todo un pueblo. Así como una Constitución no puede ser obra de un grupo político que la imponga a todos los otros; igualmente las reformas constitucionales deben ser producto de un consenso, de un acuerdo, de un pacto que involucre a todos los componentes de una sociedad y sus organizaciones. Esa es la única garantía de su necesidad y perdurabilidad. Una reforma constitucional impuesta, así sea por una mayoría circunstancial –porque en democracia queridos amigos, todas las mayorías son circunstanciales y nunca son eternas-, es una reforma llamada a tener la misma duración que los reformadores tengan en el poder²⁸. Ese es el otro reto de la reforma constitucional: lograr que sea el compromiso del país entero.

Por ello, además, una reforma constitucional, así corresponda hacerla al órgano legislativo, incluso en ausencia de mecanismos for-

²⁸ Allan R. Brewer-Carías, “The 1999 Venezuelan Constitutional-Making Process and its failure as an instrument for political conciliation”, conferencia en el Seminario *Project on Constitution-Making, Peace Building and National Reconciliation*, United States Institute of Peace, Washington 11-10-2002; publicada como “Las características del proceso constituyente venezolano de 1999 y su fracaso como instrumento de conciliación política” en Allan R. Brewer-Carías, *La crisis de la democracia venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, Ediciones El Nacional, Caracas 2002, pp. 221-255. Véase además, Allan R. Brewer-Carías, “El proceso constituyente y la fallida reforma del Estado en Venezuela” en *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001, pp. 25-48; publicado también en Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas 2001, pp. 243-253.

males de consulta popular como ocurre en la República Dominicana, debe estar precedida y acompañada de amplios mecanismos de consulta que permitan el involucramiento y la participación de la población en la misma, y que hay que inventar. Sometan pues el tema al pueblo, pídanle que dé sus opiniones; pídanle que formule propuestas e ideas; canalícenlas por ejemplo, a través de los ayuntamientos y sus regidores, a través de los partidos y demás agrupaciones de la sociedad civil; y luego procésenlas.

La decisión, en definitiva, es de los legisladores, pero cúdense de asegurarle las raíces necesarias para que la reforma los sobreviva.

Santo Domingo, 15 de junio 2005