

ESTUDIOS SOBRE EL ESTADO CONSTITUCIONAL
(2005-2006)

Cuadernos publicados

1. Allan R. Brewer-Carías, *El Amparo a los Derechos y Garantías Constitucionales (Una Aproximación Comparativa)*. Cuaderno N° 1, Caracas 1993, 129 pp.
2. Allan R. Brewer-Carías, *El control concentrado de la Constitucionalidad de las Leyes (Estudio de Derecho Comparado)*. Cuaderno N° 2, Caracas 1994, 179 pp.
3. Luis Ortíz Álvarez, *El daño cierto en la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*. Cuaderno N° 3, (Agotado), Caracas 1995, 144 pp.
4. Jacqueline, Lejarza, *La Actividad de la Policía Administrativa*. Cuaderno N° 4, Caracas 1997, 112 pp.
5. Allan R. Brewer-Carías, *Las Implicaciones Constitucionales de la Integración Económica Regional*. Cuaderno N° 5, Caracas 1998, 151 pp.
6. José Luis Villegas, *La protección jurisdiccional de los intereses difusos y colectivos*, Cuaderno N° 6, Caracas 1998, 116 pp.
7. Allan R. Brewer-Carías, *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva)*, Cuaderno N° 7, Caracas 2001, 187 pp.
8. Fanny Rubio Caldera, *La potestad correctiva de la Administración Pública (Artículo 84 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos)*, Cuaderno N° 8, Caracas 2004, 131 pp.
9. Allan R. Brewer-Carías, *Estudios sobre el Estado Constitucional (2006-2006)*, Cuaderno N° 9, Caracas 2007, 824 pp.

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela; Adjunct Professor of Law, Columbia Law School, Nueva York; Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado, La Haya

**ESTUDIOS SOBRE
EL ESTADO CONSTITUCIONAL
(2005-2006)**

CUADERNOS DE LA CÁTEDRA FUNDACIONAL
ALLAN R. BREWER CARÍAS DE DERECHO PÚBLICO
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA

Nº 9

Editorial Jurídica Venezolana
Caracas, 2007

© by Allan R. Brewer-Carías

Hecho el Depósito de Ley

Depósito Legal: 1f54020073402703

ISBN: 9780980-365-118-3

Editorial Jurídica Venezolana

Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana

Grande, Apartado 17.598 – Caracas, 1015, Venezuela

Teléfono 762-25-53 / 762-38-42/ Fax. 763-52-39

Email feyv@cantv.net

<http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

Diagramación, composición y montaje por: Francis Gil, en letra

Time New Roman 10,5 Interlineado Exacto 11, Mancha 21 x 12.5 Primera

Edición, 2007

La edición consta de 1000 ejemplares

**PLAN GENERAL
DE LA OBRA**

PLAN GENERAL

NOTA EXPLICATIVA

CAPÍTULO I

***SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE
LOS DERECHOS HUMANOS***

**§1. LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES
SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN INTERNO DE
LOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA**

(Ciudad de México, marzo 2006)

CAPÍTULO II

SOBRE CONSTITUCIONALISMO Y AUTORITARISMO

**§2. EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y
LOS NUEVOS AUTORITARISMOS CONSTITUCIONALES EN
AMÉRICA LATINA: EL CASO DE VENEZUELA**

(Curitiba, Brasil, noviembre 2006)

**§3. EL AUTORITARISMO ESTABLECIDO EN FRAUDE A LA CONS-
TITUCIÓN Y A LA DEMOCRACIA, Y SU FORMALIZACIÓN EN VE-
NEZUELA MEDIANTE LA REFORMA CONSTITUCIONAL**

(Caracas, febrero 2007)

**§4. LECCIONES DE LA CRISIS POLÍTICA DE
LA DEMOCRACIA VENEZOLANA**

(Ciudad de México, abril 2006)

CAPÍTULO III

***SOBRE EL PODER JUDICIAL Y
SU AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA***

**§5. LA CUESTIÓN DE LEGITIMIDAD: CÓMO ESCOGER LOS JUE-
CES DE LAS CORTES SUPREMAS? LA DOCTRINA EUROPEA Y
EL CONTRASTE LATINOAMERICANO**

(Berlín, noviembre 2005)

**§6. LA PROGRESIVA Y SISTEMÁTICA DEMOLICIÓN DE
LA AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL
EN VENEZUELA (1999-2004)**

(Barquisimeto, enero 2004)

**§7. EL CONSTITUCIONALISMO Y LA EMERGENCIA EN
VENEZUELA: ENTRE LA EMERGENCIA FORMAL EXCEPCIONAL
Y LA EMERGENCIA ANORMAL PERMANENTE DEL
PODER JUDICIAL**

(Córdoba, Argentina, junio 2005)

***CAPÍTULO IV
SOBRE LA FORMA DE ESTADO***

**§8. NOTAS SOBRE LAS FORMAS DE ESTADO.
ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y REALIDAD CONTEMPORÁNEA.
(ESPECIAL REFERENCIA A VENEZUELA Y AL ECUADOR)**

(Guayaquil, mayo 2006)

**§9. CONSIDERACIONES SOBRE LA DESCENTRALIZACIÓN
ADMINISTRATIVA, LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA Y
LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA**

(Lima, Perú, abril 2006)

**§10. PROBLEMAS DE LA DESCENTRALIZACIÓN EN
LA FEDERACIÓN VENEZOLANA. CONTRASTE CON LA
DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DE COMPETENCIAS EN EL
PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN EN EL PERÚ**

(Lima, Perú, septiembre 2005)

**§11. EL INICIO DE LA DESMUNICIPALIZACIÓN EN VENEZUELA:
LA ORGANIZACIÓN DEL PODER POPULAR PARA ELIMINAR LA
DESCENTRALIZACIÓN, LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y
LA PARTICIPACIÓN A NIVEL LOCAL**

(Ciudad de México, diciembre 2006)

***CAPÍTULO V
SOBRE EL SISTEMA DE GOBIERNO***

**§12. EL SISTEMA PRESIDENCIAL DE GOBIERNO
EN LA CONSTITUCIÓN DE VENEZUELA DE 1999**

(Bogotá, junio 2005)

CAPÍTULO VI
SOBRE EL RÉGIMEN POLÍTICO

**§13. REFORMA ELECTORAL EN EL SISTEMA POLÍTICO
EN VENEZUELA (1958-2006)**

(San José/Ciudad de México, junio 2006)

**§14. REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS
EN VENEZUELA**

(San José/Ciudad de México, enero 2007)

CAPÍTULO VII
SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

**§15. ASPECTOS DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD
EN EL PERÚ Y VENEZUELA**

(Lima, Perú, julio 2005)

**§16. EL RECURSO ABSTRACTO DE INTERPRETACIÓN
CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA**

(Bogotá, 2006)

CAPÍTULO VIII
SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

**§17. SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN
UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA**

(Santo Domingo, República Dominicana, julio 2006)

**§18. LOS SISTEMAS PARA LA REFORMA CONSTITUCIONAL
EN AMÉRICA LATINA**

(Speyer, Alemania, octubre 2005)

**§19. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA
Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

(Bogotá, junio 2005)

**§20. EL INICIO DEL PROCESO CONSTITUYENTE EN ECUADOR
EN 2007 Y LAS LECCIONES DE LA EXPERIENCIA VENEZOLANA DE 1999**

(Quito, abril 2007)

NOTA EXPLICATIVA

Este libro marca una nueva etapa en mi vida académica, porque de nuevo me encuentro fuera de Venezuela en actividades académicas, pero ésta forzosamente, por la persecución política de la cual he sido objeto por parte del régimen autoritario que se ha instalado en mi país.

He tenido, en efecto, el privilegio de haber pasado algunas temporadas de formación fuera de mi país durante varios períodos relativamente largos, en actividades docentes y de investigación que comenzaron en 1962 y 1963, cuando permanecí un año en París siguiendo los cursos de postgrado en derecho administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de París, de los profesores Marcel Waline, René Charlier y Charles Einseman. Además, en ese año redacté mi tesis doctoral para la Universidad Central de Venezuela, sobre *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, editada por la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964.

Diez años después, entre 1972 a 1974, permanecí dos años como *Visiting Scholar* en el Centro de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Cambridge, Reino Unido, y como *Visiting Fellow* en el *Clare Hall College*, básicamente redactando mi libro sobre *Cambio Político y Reforma del Estado en Venezuela*, editado por Ed. Tecnos, Madrid 1975; y el Tomo I de mi *Derecho Administrativo*, editado por la Universidad Central de Venezuela, Caracas 1975. En esos años, además, preparé la sistematización general de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela en materia constitucional y administrativa, desde 1930 a 1974, que luego sería publicada en los 8 volúmenes de la obra *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1975 y Estudios de Derecho Administrativo*, por la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975-1979.

Pasaron otros diez años, y entre 1985 y 1986 volví a la Universidad de Cambridge, esa vez como *Simón Bolívar Professor y Fellow* del *Trinity College*, donde redacté y dí el curso de maestría (LLM) en la Facultad de Derecho de dicha Universidad sobre “El control de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado”, cuyo texto fue luego publicado con el título de *Judicial Review in Comparative Law*, por la Cambridge University Press, Cambridge, 1989. Durante ese año también redacté el libro sobre *Estado de Derecho y Control Judicial* que luego publicó el Instituto de Administración Pública de España, Madrid, 1987.

Cuando dejé de pertenecer al cuerpo activo del profesorado de la Universidad Central de Venezuela, por mi jubilación como Director del Instituto de Derecho Público en 1987, volví a París entre 1989 y 1990, esa vez como Profesor Asociado en la Universidad de París II, donde redacté y dicté el curso sobre “Los principios del procedimiento administrativo en el derecho comparado”, en las mismas aulas de la Facultad de Derecho de la *Place du Panthéon* y de la *Rue Sufflot* en las cuales había estado, lustros antes, como alumno. El texto del libro fue luego publicado con el título *Les principes de la procedure administrative non contentieuse en droit comparé*, por la Ed. Economica, París, 1992 y con el título, *Los principios del procedimiento administrativo en el derecho comparado*, por Ed. Civitas, Madrid, 1990.

En ese año, además, en París comencé la larga investigación sobre la historia de la ciudad colonial hispanoamericana, que concluiría más de tres lustros después, en la Universidad de Columbia en Nueva York.

Y en efecto, doce años después de mi estadía en París, entre 2002 y 2004, permanecí como *Visiting Scholar* en la Escuela de Arquitectura y Diseño Urbano de la Universidad de Columbia en Nueva York, donde pude concluir la redacción y la compilación y sistematización de los 632 planos antiguos y actuales que conforman mi libro sobre *La Ciudad Ordenada*, publicado por Ed. Critería, Caracas 2006, concluyendo la investigación que había iniciado en 1989.

En todas esas ocasiones, siempre salí voluntariamente de Venezuela, invitado para integrarme en todas esas excelentes y prestigiosas Universidades, habiéndose configurado estas estadias académicas fuera de Venezuela, en una parte esencial de mi vida intelectual. Como dije al inicio, ahora me encuentro de nuevo fuera de Venezuela, con el mismo entusiasmo de siempre, a pesar de las circunstancias, como Profesor Adjunto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia de la ciudad de Nueva York, donde también he recibido una hospitalidad académica excepcional.

La diferencia con las otras temporadas en el exterior, sin embargo, es que ahora es producto de una estadía forzada, por la persecución política de la que he sido objeto en Venezuela, donde lamentablemente, durante los últimos años, la expresión del pensamiento democrático contrario al régimen no se admite, se persigue la disidencia y hasta se criminaliza el ejercicio de la profesión de abogado, particularmente contra los que desde 1999 hemos sido opositores críticos del régimen político autoritario que se ha instalado en Venezuela. Para el desarrollo de esa persecución, lamentablemente, el Estado ha utilizado un Poder Judicial completamente controlado y dependiente, del cual no se puede esperar juicio justo alguno, ni garantía de debido proceso legal.

Salí de Caracas a finales de septiembre de 2005, después de denunciar todas las violaciones cometidas contra mis derechos y garantías judiciales (derecho al debido proceso, a la presunción de inocencia, y a la defensa), tanto por las autoridades judiciales como por el propio Fiscal General de la República quién desafortunadamente ha sido el principal instrumento de las persecuciones políticas. Puede verse sobre ello mi obra *En mi propia defensa. Respuesta preparada con la asistencia de mis defensores Rafael Odremán y León Henrique Cottin contra la infundada acusación fiscal por el supuesto delito de conspiración*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, que salió estando ya en el exterior.

Mi ausencia de Venezuela provocó, también, que los dos primeros tomos de mi obra sobre *Derecho Administrativo* que he venido preparando en los últimos años, aparecieran en Bogotá, en diciembre de 2005, editados por la Universidad Externado de Colombia, lo que impidió que pudiera estar presente en la presentación de dicha obra en Caracas. Afortunadamente sí pude estar en el acto de la presentación de la misma en Bogotá, y ahora me toca, desde el exterior, continuar el trabajo de los tomos siguientes.

Durante el año transcurrido desde entonces, dediqué buena parte de mi tiempo a redactar el curso que se me solicitó dictar a partir de 2006, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia en Nueva York sobre “Protección judicial de los derechos humanos en América Latina. Estudio de derecho constitucional comparado

sobre la acción de amparo”, el cual ha sido publicado como *Course Materials* con el título *Judicial Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Constitutional Law Course on the Suit for “amparo”*, para uso de los estudiantes de la Universidad, New York, 2006.

En forma paralela a la intensa labor de preparar y redactar ese curso, donde he analizado comparativamente las 18 leyes y regulaciones que existen sobre la acción de amparo en América Latina (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela), tuve también el privilegio de haber sido invitado para participar en Congresos y Seminarios, y redactar artículos para Revistas en varios países de América Latina. Esta última labor es la que precisamente se recoge, en parte, en este libro de *Reflexiones sobre el Estado Constitucional*.

Como les dije a mis alumnos al iniciar el Curso en Columbia en septiembre de 2006, los profesores que hemos dedicado tantos años a la docencia y a la investigación, es difícil que podamos retirarnos, y menos aún, si somos bien recibidos en instituciones académicas como esta. Lo que si es indudablemente cierto, es que en estas situaciones de exilio forzado, como todo en la vida, unos pierden y otro ganan, y a pesar de los intentos de los perseguidores políticos por callarnos, siempre hay algún sitio en el mundo donde con libertad puede uno desarrollar las actividades académicas que nos son vitales. En esta nueva situación, a pesar de que he perdido temporalmente la cercanía de mi familia y de mis amigos, con el apoyo cercano de Beatriz y el lejano de ellos, he ganado nuevos amigos y por sobretodo, he ganado en fortaleza vital para enfrentar hasta el infinito a los perseguidores.

En el trabajo de conformar editorialmente este libro, así como el Curso de la Universidad de Columbia, pude contar como siempre con la invaluable ayuda de mi secretaria Francis Gil, quien desde Caracas y por vía electrónica ha hecho que me sienta como si estuviera en mi propia oficina de Caracas, en Baumeister & Brewer. Igualmente, he tenido la fortuna de seguir contando con la invaluable colaboración de mi secretaria, Arelis Torres, cotidianamente, como si estuviera en el Escritorio, quizás con la diferencia de que no me han podido ver mucho; y con la también invaluable colaboración de Gabriela Oquendo, Gerente de la Editorial Jurídica Venezolana, quien me ha facilitado seguir cotidianamente la marcha de la Editorial. A todas ellas, mi agradecimiento especial.

En la Universidad de Columbia, New York, junio 2007

CAPÍTULO I
SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE
LOS DERECHOS HUMANOS

§1. LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN INTERNO DE LOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA*

(Ciudad de México, marzo 2006)

Una de las características más destacadas del derecho de los derechos humanos en América Latina, sin duda, es el de la progresiva aplicación por los tribunales nacionales y en particular por los tribunales constitucionales, de los instrumentos internacionales de derechos humanos a los efectos de su protección en el orden interno. Ello es consecuencia, por supuesto, del carácter meramente declarativo de las declaraciones constitucionales de los derechos humanos, con las que no sólo se reconoce la existencia de aquellos enumerados en las Constituciones, sino de aquellos incluidos en los tratados internacionales, como derechos inherentes a la persona humana.

Esta aplicación de los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos en el ámbito interno de los países de América Latina, puede decirse que se ha desarrollado en las últimas décadas, a través de las siguientes cinco técnicas: *en primer lugar*, mediante la progresiva incorporación en las Constituciones de las cláusulas abiertas de derechos humanos, sobre derechos inherentes a la persona humana; *en segundo lugar*, mediante la aplicación inmediata de las previsiones constitucionales sobre derechos humanos, sin necesidad de reglamentación legislativa, con base en lo regulado en instrumentos internacionales; *en tercer lugar*, mediante la constitucionalización progresiva de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, con la consecuente aplicación directa en el orden interno; y *en cuarto lugar*, mediante la inserción en las Constituciones de reglas de interpretación constitucional de los derechos, sea de acuerdo con lo establecido en tratados internacionales o con lo declarado en los instrumentos internacionales, o conforme al principio de la progresividad en la aplicación e interpretación de los derechos humanos, permitiendo la aplicación de las normas más favorables contenidas en tratados o convenciones internacionales.

I. LAS CLÁUSULAS ABIERTAS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y LA APLICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN EL ÁMBITO INTERNO

La inclusión de cláusulas abiertas sobre derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas, sin duda tiene su origen remoto en el texto de la Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos de América (1791), en la cual se dispuso que

* Documento preparado para el Curso sobre *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y su repercusión en los órdenes jurídicos nacionales*, organizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, marzo de 2006.

“La enumeración de ciertos derechos en la Constitución no debe construirse como la negación o desecho de otros que el pueblo conserva”. Con ello se buscaba confirmar que la lista de los derechos constitucionales no terminaba en aquellos expresamente declarados en los textos constitucionales.

Esta técnica, enriquecida en el constitucionalismo latinoamericano, ha permitido considerar como derechos humanos a todos aquellos considerados inherentes a la persona humana, e incluso, aquellos declarados en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, con lo que se ha permitido la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno.

En este aspecto, se puede decir que casi todas las Constituciones de América Latina, con sólo escasas excepciones (Cuba, Chile, México y Panamá), contienen cláusulas abiertas conforme a las cuales expresamente se dispone que la declaración o enunciación de los derechos contenida en la Constitución, no debe ser entendida como la negación de otros no enumerados en el texto constitucional, que son inherentes a la persona humana o a la dignidad humana. Cláusulas de este tipo se encuentran, por ejemplo, en las Constituciones Argentina (Artículo 33), Bolivia (Artículo 33), Colombia (Artículo 94), Costa Rica (Artículo 74), Ecuador (Artículo 19), Guatemala (Artículo 44), Honduras (Artículo 63), Nicaragua (Artículo 46), Paraguay (Artículo 45), Perú (Artículo 3), Uruguay (Artículo 72) y Venezuela (Artículo 22).

En efecto, por ejemplo, en la Constitución de Ecuador se indica que “Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material” (Artículo 19). Esta provisión se complementa, además, con el artículo 18 de la misma Constitución, en el cual se indica que los derechos y garantías establecidos en la misma y en los tratados internacionales son directamente aplicables por y ante cualquier tribunal o autoridad; y que la ausencia de leyes reglamentarias de los mismos no puede alegarse para justificar su violación o la ignorancia de los derechos declarados en la Constitución, o para rechazar las acciones de protección de los mismos o para negar el reconocimiento de tales derechos.

En Nicaragua, la Constitución es más detallada en relación con la referencia a los instrumentos internacionales, resultando a la vez relativamente más limitativa, cuando el artículo 46 establece:

Artículo 46.- En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

En otros casos, como sucede con la Constitución de Brasil, la cláusula abierta, sin hacer mención a los derechos inherentes a la persona humana, indica que la enumeración de los derechos y garantías en la Constitución no excluye otros “derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que sea parte la República Federativa del Brasil” (Artículo 5,2). Sin embargo, de

acuerdo con la mayoría de los instrumentos internacionales, los derechos enumerados en los mismos son considerados como atributos del hombre y, en consecuencia, puede decirse al aplicarse esta cláusula, que los efectos son los mismos que los antes indicados.

Otras Constituciones latinoamericanas también contienen cláusulas abiertas, que permiten la ampliación de los derechos humanos declarados en los textos constitucionales, aún cuando sin embargo, con un ámbito más reducido en relación con los ejemplos antes mencionados, como es el caso de la Constitución de Costa Rica, en la cual se indica que la enunciación de los derechos y beneficios contenidos en la misma no excluye otros “que se deriven del principio cristiano de justicia social” (Artículo 74); expresión que, sin embargo, debería interpretarse en el sentido occidental de la noción de dignidad humana y justicia social.

En otras Constituciones, las cláusulas abiertas se refieren a la soberanía popular y a la forma republicana de gobierno, haciendo más énfasis en relación con los derechos políticos que con los inherentes a la persona humana, tal como ocurre en Argentina, donde la Constitución establece:

Artículo 13. Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Una regulación casi exacta está contenida en el artículo 35 de la Constitución de Bolivia.

Incluso, en otras Constituciones se hace referencia, además de a los derechos derivados de la forma republicana y del carácter representativo del gobierno, a los derivados de la dignidad del hombre. Es el caso de la Constitución de Uruguay cuyo artículo 72 establece que “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”. También en Perú, el artículo 3 de la Constitución se refiere a que la enumeración de los derechos establecidos en la misma “no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

Igualmente en Honduras, el artículo 63 de la Constitución dispone que:

Las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución, no serán entendidos como negación de otras declaraciones, derechos y garantías no especificadas, que nacen de la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno y de la dignidad del hombre.

En el caso de la República Dominicana puede decirse que la Constitución es menos expresiva, indicando solamente que la lista de derechos establecida en ella (Artículos 8 y 9) “no es limitativa y, por consiguiente, no excluye otros derechos y deberes de igual naturaleza.” (Artículo 10).

Ahora bien, en relación con el significado de estos derechos inherentes a la persona humana indicados en estas cláusulas abiertas de derechos, la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, en una sentencia del 31 de enero de 1991, señaló lo siguiente:

Tales derechos inherentes de la persona humana son derechos naturales, universales, que tienen su origen y son consecuencia directa de las relaciones de solidaridad entre los hombres, de la necesidad del desarrollo individual de los seres humanos y de la protección del medio ambiente.

En consecuencia, la misma Corte concluyó disponiendo que:

Dichos derechos comúnmente están contemplados en Declaraciones Universales y en textos nacionales o supranacionales y su naturaleza y contenido como derechos humanos no debe permitir duda alguna por ser ellos de la esencia misma del ser y, por ende, de obligatorio respeto y protección¹.

Precisamente, de acuerdo con ello, el artículo 22 de la Constitución de Venezuela, siguiendo la tradición establecida en la Constitución de 1961 (Artículo 50), establece que:

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Este artículo, como el artículo 94 de la Constitución de Colombia de 1991 y el artículo 44 de la Constitución de Guatemala, también se refieren a los derechos “inherentes a la persona humana”, incorporando, en consecuencia, la noción de “derechos naturales” en el sentido de derechos del hombre que preceden al Estado y a las mismas Constituciones. La Constitución del Paraguay, incluso, se refiere en el mismo sentido a los “derechos inherentes a la personalidad humana” (artículo 45).

Pero en el caso de las Constituciones de Colombia y Venezuela, como en otras antes indicadas, la cláusula abierta permite la identificación de derechos inherentes a la persona humana, no sólo refiriéndose a los no enumerados en el texto de las Constituciones, sino incluso a los no enumerados en los instrumentos internacionales, ampliando considerablemente el ámbito de los mismos. Estas cláusulas han sido las que han permitido a los tribunales nacionales poder identificar como derechos inherentes a la persona humana, no expresamente regulados en las Constituciones, a los declarados en los instrumentos internacionales. Esta es, precisamente, la primera técnica que ha conducido a la aplicación directa de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales nacionales en el orden interno.

Tal fue el caso de la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, la cual desde la década de los ochenta, estando en vigencia la Constitución de 1961, en ejercicio de sus poderes de control directo de la constitucionalidad de las leyes, anuló diversas disposiciones legales basando su decisión en la violación de los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, considerados de acuerdo con lo establecido en el artículo 50 de la Constitución (equivalente al artículo 22 de la Constitución de 1999), como derechos inherentes a la persona humana. En otros casos, la antigua Corte Suprema decidió sobre el ejercicio directo de dere-

1 Caso: *Anselmo Natale*. Consultada en original. V. el texto en Carlos Ayala Corao, “La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, en *El nuevo derecho constitucional latinoamericano, IV Congreso venezolano de Derecho constitucional*, Vol. II, Caracas 1996, y *La jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos y sus consecuencias*, México, 2003.

chos constitucionales que antaño se habían considerado como de regulación programática, basándose también en los instrumentos internacionales.

En efecto, en 1996, la antigua Corte Suprema de Justicia, al decidir la acción popular de inconstitucionalidad que se había intentado contra la Ley de División Político Territorial del Estado Amazonas, por no haberse respetado los derechos de participación política de las comunidades indígenas, decidió que siendo dicho Estado de la federación uno poblado por dichas comunidades indígenas, la sanción de dicha Ley sin previamente haberse oído la opinión de las mismas, mediante consulta popular, significó la violación del derecho constitucional a la participación política.

Aún cuando dicho derecho no estaba expresamente enumerado en la Constitución de 1961, la Corte fundamentó su decisión en la cláusula abierta del artículo 50 constitucional (equivalente al artículo 22 de la Constitución de 1999), considerando que el derecho a la participación política era un derecho inherente a la persona humana, como “principio general de rango constitucional en una sociedad democrática”; agregando, en relación al caso decidido, que “por ser un derecho de las minorías” (los indígenas, en el presente caso), era susceptible “de la tutela judicial conforme al artículo 50 *ejusdem*, los grandes tratados y convenciones internacionales sobre los derechos humanos y las leyes nacionales y estatales”. Asimismo, en dicha sentencia del 5 de diciembre de 1996, la Corte señaló que:

En el presente caso no se demostró el cumplimiento cabal de la normativa en cuanto a la participación ciudadana, restándole al acto impugnado la legitimación originaria conferida por la consulta popular. Alegan los oponentes al recurso intentado que fueron consultados los órganos oficiales, como el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables y el Servicio Autónomo Ambiental de Amazonas y se recibieron observaciones de diferentes organizaciones indígenas, asimismo, antes de la promulgación de la Ley, el Gobernador explicó a la Organización Regional de Pueblo Indígenas las razones de la Ley. Estima la Corte que este procedimiento constituye una expresión tímida e insignificante del derechos constitucional de participación ciudadana en la formación de la ley. Tal participación debe manifestarse antes y durante la actividad legislativa y no tan solo en el momento de su promulgación por parte del Gobernador del Estado. Por otra parte, el hecho que se consultaron los referidos organismos nacionales (actuación idónea) no exime la obligatoriedad de cumplimiento de la consulta popular sobre todo en una materia en la cual está involucrada: el régimen de excepción de las comunidades indígenas (de rango constitucional) el carácter multiétnico y pluricultural, la biodiversidad, la cultura, religión y lengua propia de las comunidades indígenas, el derecho a la tierra que respecto a dichas comunidades es de interés social e inalienable, en definitiva, la organización municipal (como lo es el acto impugnado) constitutivo del marco institucional de tales realidades preexistentes, permanentes y objetivas. La participación es un fenómeno de la vida democrática, que al manifestarse antes de dictarse la norma, instruye a la autoridad sobre los intereses legítimos y necesidades de la comunidad y produce, a posteriori, consecuencias positivas, que se revelan en el respaldo democrático de su aplicación².

Y al analizar en concreto la Ley de División Territorial del Estado Amazonas, la Corte estimó que en la formación de la misma:

[...] se modifican las condiciones económicas y sociales de la región, se cambia el entorno vital del individuo, se establecen los municipios y sus límites, se modifica la normativa jurídica (consecuencia de la mencionada división), se cambia el entorno vital del individuo, se

2 Caso: *Antonio Guzmán, Lucas Omashi y otros*, en *Revista de Derecho Público*, n° 67-68, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996, pp. 176 ss.

establecen los municipios y sus límites, se modifica la normativa jurídica (consecuencia de la mencionada división), se afecta la tenencia de las tierras, se ordena el territorio bajo un nuevo régimen, se cambia la vida cotidiana voluntad de los mismos indígenas. Más aún, su participación debe ser considerada con especial atención, en vista de que los indígenas constituyen uno de los grupos sociales más expuestos a la violación de sus derechos humanos, por sus condiciones socio-económicas, culturales y aislamiento, por cuanto en su hábitat intervienen intereses distintos y a veces contrarios a los legítimos derechos de la población autóctona, porque, lamentablemente, la historia de la humanidad, evidencia un largo y triste padecer de las minorías, en algunos casos por el desconocimiento de sus legítimos derechos, en otros, por la cultura del odio y el perjuicio. Es entonces, en este contexto, que los derechos humanos de los indígenas, cobran mayor fortaleza y esta Corte así lo reconoce expresamente. Asimismo, precisa el alto tribunal, que la lesión de los derechos humanos de las minorías no les atañe sólo a esas comunidades sino a la nación entera, en virtud de la solidaridad y protección de los intereses superiores del gentilicio venezolano (artículos 57 y 51 de la Carta Magna)³.

De acuerdo con esta decisión, la antigua Corte Suprema venezolana decidió que en el caso sometido a su consideración, había ocurrido una violación a los derechos constitucionales de las minorías establecidos en la Constitución y en los tratados y convenciones internacionales, en particular, al derecho a la participación política en el proceso de elaboración de leyes, debido a la ausencia de consulta popular a las comunidades indígenas, como consecuencia de lo cual, declaró la nulidad de la ley estatal impugnada.

El año siguiente, en 1997, la antigua Corte Suprema dictó otra importante decisión, en este caso anulando una ley nacional, la llamada Ley de Vagos y Maleantes, por considerarla inconstitucional, basándose de nuevo en el “proceso de constitucionalización de los derechos humanos de acuerdo con el artículo 50 de la Constitución”, y considerando que dicha ley “vulnera *ipso jure*, Convenciones Internacionales y Tratados, sobre los derechos del hombre, en la medida en que dichos instrumentos adquieren jerarquía constitucional”⁴.

En efecto, en su sentencia del 6 de noviembre de 1997, la antigua Corte Suprema consideró a la ley impugnada como infamante, al permitir detenciones ejecutivas o administrativas de personas consideradas como vagos o maleantes, sin garantía alguna del debido proceso, basando su decisión en el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual “se ha incorporado a nuestro Derecho Interno como norma ejecutiva y ejecutable reforzada por la jurisprudencia, la cual le ha dado el carácter de parámetro de constitucionalidad. Ello entraña la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno del régimen previsto en convenciones internacionales”⁵.

La Corte consideró que la ley impugnada era inconstitucional en virtud de que omitía las garantías de un juicio justo establecidas en los artículos 7 y 8 de la Convención Americana y en los artículos 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y porque además era discriminatoria, violando el artículo 24 de la misma Convención Americana, cuyo texto íntegro se transcribió en la sentencia. La Corte se refirió en su decisión anulatoria, además, a la existencia de:

3 *Idem*.

4 *V. en Revista de Derecho Público* n° 71-72, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1997, pp. 177 y ss.

5 *Idem*.

Informes de instituciones defensoras de los Derechos Humanos. Dichos documentos censuran abiertamente la ley venezolana sobre vagos y maleantes. Son muchas las recomendaciones orientadas a poner fin a su vigencia. Conviene observar que se ha exhortado al Gobierno venezolano a adoptar e implementar una serie de recomendaciones, a los efectos de reducir las violaciones a los derechos humanos, derivadas de la aplicación de la Ley sobre Vagos y Maleantes. Sobre todo se he hablado de la necesidad de impulsar la discusión de la Ley de Protección a la Seguridad Ciudadana, que supuestamente se encontraba en ese proceso⁶.

Más recientemente, en relación con las dudas que se habían planteado, en 1998, en varios recursos de interpretación, sobre la posibilidad de que el Presidente electo de la República convocara un referéndum consultivo para resolver sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente que no estaba regulada en la Constitución de 1961, como mecanismo para la reforma constitucional, la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa dictó sendas decisiones de 19 de enero de 1999, admitiendo la posibilidad de que se convocara dicho referéndum consultivo, fundamentando su decisión en el derecho a la participación política de los ciudadanos, para lo cual se fundamentó, de nuevo, en el artículo 50 de la Constitución, conforme al cual consideró tal derecho como un derecho implícito y no enumerado, e inherente a la persona humana.

La Corte entonces consideró al referéndum como un derecho inherente a la persona humana, decidiendo lo siguiente:

Ello es aplicable, no sólo desde el punto de vista metodológico sino también ontológicamente, ya que si se considerara que el derecho al referendo constitucional depende de la reforma de la Constitución vigente, el mismo estaría supeditado a la voluntad del poder constituido, lo que pondría a éste por encima del poder soberano. La falta de tal derecho en la Carta Fundamental tiene que interpretarse como laguna de la Constitución, pues no podría admitirse que el poder soberano haya renunciado *ab initio* al ejercicio de un poder que es obra de su propia decisión política⁷.

La conclusión de la decisión de la Corte Suprema fue que no era necesario que se reformara previamente la Constitución a los efectos de reconocer como un derecho constitucional el referéndum o la consulta popular sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente, con lo que se abrió la posibilidad judicial de convocar la Asamblea Nacional Constituyente sin previsión constitucional expresa⁸, con todas las consecuencias institucionales que ello produjo y continúa produciendo⁹.

6 *Idem.*

7 *V. en Revista de Derecho Público*, n° 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, p. 67

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

9 *V. Allan R. Brewer-Carías, Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2002.

II. LA APLICACIÓN INMEDIATA DE LOS DERECHOS CONSAGRADOS EN TRATADOS INTERNACIONALES, COMO DERECHOS CONSTITUCIONALES, AÚN EN AUSENCIA DE LEYES REGLAMENTARIAS

Por otra parte, en relación con la aplicación en el ámbito interno de los tratados internacionales sobre derechos humanos, también debe hacerse referencia a las cláusulas complementarias de las cláusulas abiertas, conforme a las cuales los derechos constitucionales son directamente aplicables, independientemente de su regulación legislativa o desarrollo mediante leyes reglamentarias, lo que ha permitido la aplicación directa de aquellos.

En este sentido, por ejemplo, la Constitución de Venezuela de 1961 disponía en el mismo artículo 50 antes citado (en sentido similar a lo establecido en el artículo 22 de la Constitución de 1999), que “la falta de ley reglamentaria de estos derechos (los derechos inherentes a la persona humana) no menoscaba el ejercicio de los mismos”, en el sentido de que no es necesario que se dicte legislación reglamentaria alguna para el ejercicio de los derechos constitucionales, tal como se indica en muchas otras Constituciones (Argentina, Bolivia, Paraguay, Venezuela, Ecuador).

Este principio, por supuesto, responde al de la aplicación directa de la Constitución en materia de derechos humanos, lo que excluye el concepto tradicional derivado de las llamadas cláusulas “programáticas” configuradas en el constitucionalismo de hace unas décadas, particularmente en relación con los derechos sociales, tendientes a impedir su ejercicio hasta que no se produjese su regulación legal, en la cual se debía precisar las modalidades de su ejercicio y de su justiciabilidad.

Estas cláusulas abiertas, por ejemplo, han permitido reconocer y reforzar el derecho constitucional al amparo, invocándose además lo dispuesto en la Convención Americana, como sucedió en Venezuela, superándose la clásica noción de las normas “programáticas”. En efecto, fue la cláusula abierta del artículo 50 de la Constitución de 1961 (ahora artículo 22 de la Constitución de 1999), la que sirvió de base para admitir el ejercicio de la acción de amparo en Venezuela, la cual había sido inicialmente consagrada en el artículo 49 de la Constitución de 1961, en la siguiente forma:

Artículo 49. Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley.

El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para establecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

La redacción de esta norma, sin embargo, hasta la década de los ochenta fue interpretada por los tribunales de instancia en el sentido de considerar que la admisibilidad de la acción de amparo estaba condicionada a que previamente se dictara la legislación correspondiente; y ello, en particular, debido al hecho de que la propia Constitución había regulado expresamente, en forma transitoria y mientras se dictaba dicha legislación, el procedimiento para el amparo a la libertad personal o habeas corpus, precisamente, “a fin de no dejar en suspenso su eficacia hasta la promulgación de la ley respectiva”. (Disposición Transitoria Quinta).

De esta regulación transitoria los tribunales interpretaron que, en consecuencia, la intención del constituyente en la redacción del artículo 49 de la Constitución era establecer como condición para la admisibilidad de las acciones de amparo, el que

se dictase previamente la legislación que las regulara, incluyendo la regulación sobre la competencia judicial y el procedimiento. De otra forma, no se encontraba justificación para la regulación transitoria del amparo a la libertad personal (habeas corpus). Es decir, esta interpretación encontraba su sustento en el hecho de que en la propia Constitución solo se había previsto en forma excepcional y transitoria el procedimiento y competencia para la admisibilidad inmediata de la acción de habeas corpus (amparo a la libertad personal)¹⁰.

Fue por ello que, incluso, la antigua Corte Suprema de Justicia, en 1970, en relación con la acción de amparo, consideró que el mencionado artículo 49 de la Constitución era una norma de las llamadas “programáticas”, en el sentido de que no eran directamente aplicables, siendo necesario que se dictara previamente la legislación reglamentaria a los efectos de que se pudiera ejercer la acción de amparo prevista en la norma. La antigua Corte, en sentencia de 14 de diciembre de 1970, sobre el artículo 49 citado, señaló que:

No es una norma directa e inmediatamente aplicable por los jueces, sino un precepto programático, sólo parcialmente reglamentado para la fecha en que la Constitución fue promulgada, y dirigido particularmente al Congreso, que es el órgano al cual compete la reglamentación de las garantías constitucionales... (...) Tal es la interpretación que da la Corte al artículo 49 al analizar sus previsiones aisladamente con el fin de desentrañar la mente del constituyente del lenguaje usado por éste para expresar su voluntad. Pero esta interpretación gramatical se robustece con la observación adicional de que el constituyente se habría abstenido de regular el procedimiento de habeas corpus, si hubiera considerado que para hacer efectivo el amparo bastaba lo dicho en el artículo 49 respecto del procedimiento, no siendo indispensable su reglamentación legal para determinar el fuero competente y el modo de proceder¹¹.

Esta interpretación constitucional, negando la posibilidad del ejercicio de la acción de amparo sin que antes se dictara la legislación correspondiente, comenzó a cambiar en 1977 y 1978, precisamente después que se sancionaron las leyes aprobatorias de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los cuales se regulaba, en particular, la acción de amparo como un medio judicial simple y rápido para la específica protección de los derechos constitucionales.

En consecuencia, contrariamente a lo que había resuelto e interpretado con anterioridad la antigua Corte Suprema de Justicia -lo que para entonces no tenía carácter vinculante-, los tribunales de instancia, a partir de 1982 comenzaron a admitir el ejercicio de acciones de amparo, pero fundamentando sus decisiones directamente en la Convención Americana de Derechos Humanos¹². Ello condujo finalmente a la propia antigua Corte Suprema a cambiar su anterior criterio y aplicando la cláusula abierta sobre los derechos humanos inherentes a la persona humana, particularmente en cuanto a la no necesidad de leyes reglamentarias previas para poder ejercer di-

10 V. Allan R. Brewer-Carías, “Derecho y Acción de Amparo”, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo V, Caracas, 1998 pp. 111 y ss.

11 V. el texto en *Gaceta Forense*, nº 70, Caracas, 1970, pp. 179 y ss; y en Allan R. Brewer-Carías, “La reciente evolución jurisprudencial en relación a la admisibilidad del recurso de amparo”, en *Revista de Derecho Público*, nº 19, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, pp. 207 y ss.

12 V. las referencias en Allan R. Brewer-Carías, “La reciente evolución jurisprudencial en relación con la admisibilidad del recurso de amparo”, *Revista de Derecho Público*, nº 19, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, pp. 211.

chos derechos, admitió la posibilidad del ejercicio de la acción de amparo. Así, en una decisión del 20 de octubre de 1983, la antigua Corte Suprema admitió la posibilidad de que se pudieran ejercer acciones de amparo para la protección de los derechos constitucionales sin necesidad de la correspondiente ley reglamentaria, no sin antes advertir que:

Al admitir la posibilidad del ejercicio actual del recurso de amparo, no puede la Corte dejar de advertir que los Tribunales de la República deben hacer un uso prudente y racional de la norma contenida en el artículo 49 de la Constitución, tratando de suplir por medio de la analogía y demás instrumentos de interpretación de los que provee el sistema jurídico venezolano, la lamentable ausencia de una ley reglamentaria de la materia¹³.

Con posterioridad, en 1988, se sancionó la Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales¹⁴, con la cual se abrió definitivamente el camino para la utilización de este recurso judicial para la protección de los derechos humanos, particularmente debido a la ineficacia de los medios judiciales ordinarios para asegurar tal protección. Sin embargo, antes de que entrara en vigencia la Ley Orgánica, fue mediante la interpretación constitucional de la cláusula abierta y la aplicación de las convenciones internacionales que la acción de amparo se aceptó en Venezuela.

III. LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN INTERNO, EN VIRTUD DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE SUS REGULACIONES

La declaración y protección de los derechos humanos hasta la Segunda Guerra Mundial, puede decirse que había sido un tema exclusivamente del derecho constitucional interno. Durante el Siglo XIX y la primera mitad del Siglo XX, por tanto, en relación con los derechos humanos, puede decirse que lo que hubo fue un proceso de constitucionalización de los mismos, incluso ampliándose sucesivamente en las denominadas “generaciones” de derechos.

Esta primera etapa en la protección de los derechos humanos fue seguida de una segunda etapa, de internacionalización de la constitucionalización de los mismos, precisamente después de la Segunda Guerra Mundial, con la aprobación en 1948, en las Naciones Unidas y luego en la Organización de Estados Americanos de las Declaraciones Universal y Americana de derechos humanos, así como con la sucesiva aprobación de tratados multilaterales en la materia. Sin duda, fueron las diabólicas y aberrantes violaciones de derechos humanos que quedaron en evidencia al terminar la Segunda Guerra mundial, las que provocaron tal reacción internacional, buscando asegurar la protección mundial de los derechos humanos en el futuro, al haberse tomado conciencia de que la sola protección nacional no había resultado suficiente.

Para tal fin, incluso, una reformulación del concepto mismo de soberanía fue necesaria a los efectos de permitir y aceptar la imposición de los tratados internaciona-

13 *V. en Revista de Derecho Público*, n° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1983, pp. 169-170

14 *Gaceta Oficial* n° 33.891 de 20-01-1988. *V. en general sobre dicha Ley*, Allan R. Brewer-Carías y Carlos Ayala Corao, *Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales*, Caracas, 1988.

les en relación con el orden legal interno de los países, al punto de que como resultado de nuevos compromisos internacionales destinados a preservar la paz, el derecho internacional progresivamente ha venido imponiendo límites al propio derecho constitucional.

De allí que no sea sorpresivo que haya sido después de la Segunda Guerra mundial, cuando comenzara el proceso de internacionalización de los derechos humanos, como se dijo, con la adopción, en 1948, tanto de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de la Organización de Estados Americanos, como de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Dichas declaraciones fueron seguidas, dos años después por la Convención Europea de Derechos Humanos, firmada en 1950, que fue el primer tratado multilateral en la materia, y que entró en vigor en 1953.

Este proceso de consolidación de la internacionalización de los derechos humanos se consolidó en 1966, con la adopción de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en vigor desde 1976; y en 1969, con la adopción de la Convención Americana de Derechos Humanos, que entró en vigor en 1979. Esta última ha sido ratificada por todos los países latinoamericanos, los cuales han reconocido la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El único país americano que no firmó la Convención fue Canadá, y en cuanto a los Estados Unidos, si bien firmó la Convención en la Secretaría General de la OEA en junio de 1977, aún no la ha ratificado.

De todos estos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como se ha dicho, puede apreciarse claramente que siguiendo el proceso inicial de constitucionalización de los derechos humanos que se produjo antes de la Segunda Guerra Mundial, consistente en la progresiva ampliación de las declaraciones constitucionales, a partir de la finalización de dicha guerra se produjo una segunda fase, caracterizada por la internacionalización de dicha constitucionalización, mediante la adopción de las declaraciones y tratados internacionales en la materia.

Sin embargo, en tiempos más recientes, el mundo ha sido testigo de una tercera fase en el proceso de protección de los derechos humanos, caracterizada por un nuevo proceso de constitucionalización, pero ahora de la internacionalización de los derechos humanos, que se ha desarrollado precisamente por la incorporación al derecho constitucional interno de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

Este proceso se puede caracterizar, primero, por la progresiva tendencia a otorgarle determinado rango constitucional o legal en el orden interno a las declaraciones o tratados internacionales sobre derechos humanos, es decir, estableciendo en el texto de las Constituciones mismas el valor que debe darse a tales declaraciones y tratados en relación con las normas constitucionales y legales relativas a derechos humanos, incluso estableciendo cual norma debe prevalecer en caso de conflicto. Y también, estableciendo en las Constituciones, criterios de interpretación constitucional de acuerdo con lo establecido en las regulaciones internacionales. En ambos casos ello ha permitido también la aplicación de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, directamente por los tribunales internos.

En todo caso, esta es una materia que tiene que estar regulada expresamente en los textos constitucionales, sea otorgando un determinado rango a los tratados internacionales, o estableciendo en las Constituciones las reglas de interpretación constitucional en materia de derechos humanos en relación con los instrumentos internacionales referidos a los mismos. Son esas previsiones constitucionales las que han permitido, precisamente, la aplicación de dichos instrumentos internacionales por los tribunales nacionales en el derecho interno

1. La aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito interno como consecuencia del rango y valor otorgado a los mismos en el derecho interno

En algunas Constituciones latinoamericanas, el tema del valor normativo y rango de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y por tanto de su aplicabilidad en el orden interno, ha sido resuelto expresamente en cuatro diferentes formas, al otorgarse a dichos instrumentos rango supra constitucional, constitucional, supra legal o simplemente rango legal¹⁵.

A. El rango supra constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y su aplicabilidad inmediata y preferente

En primer lugar, ciertas Constituciones latinoamericanas han otorgado rango supra constitucional a los derechos declarados en instrumentos internacionales, en particular, en los tratados ratificados por los Estados. Ello ha implicado otorgar a las regulaciones internacionales un rango superior a las mismas normas constitucionales, las cuales deben prevalecer sobre las mismas.

Es el caso de la Constitución de Guatemala, en su artículo 46, se establece el principio general de la preeminencia del derecho internacional, al disponer que “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”, dentro del cual debe incluirse además de las leyes, la Constitución misma.

Con fundamento en esta prevalencia de los tratados internacionales, la Corte Constitucional de Guatemala ha decidido en sus sentencias aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos, como fue el caso decidido con motivo de una acción de amparo ejercida en relación con la libertad de expresión del pensamiento y

15 En relación con esta clasificación general, V.: Rodolfo E. Piza R., *Derecho internacional de los derechos humanos: La Convención Americana*, San José 1989; y Carlos Ayala Corao, “La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, en *El nuevo derecho constitucional latinoamericano, IV Congreso venezolano de Derecho constitucional*, Vol. II, Caracas 1996 y *La jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos y sus consecuencias*, México, 2003; Humberto Henderson, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”, en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, n° 39, San José 2004, pp. 71 y ss. V. también, Allan R. Brewer-Carías, *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos*, Instituto Internacional de Derechos Humanos, San José, 2004, pp. 62 y ss.

el derecho de rectificación. En la sentencia de 27 de mayo de 1997, en efecto, la Corte Constitucional resolvió una acción de amparo presentada por una persona buscando protección judicial en relación con las noticias publicadas en dos periódicos que se referían a ella como formando parte de una banda de criminales. El accionante solicitó a la Corte que se respetara su derecho a exigir rectificación de las noticias por parte de los periódicos; y aún cuando el derecho constitucional a la rectificación y respuesta en casos de noticias en periódicos que afecten el honor, reputación o vida privada de las personas no estaba expresamente establecido en la Constitución Guatemalteca, la Corte Constitucional aplicó directamente los artículos 11, 13 y 14 de la Convención Americana que garantiza el derecho de las personas afectadas por informaciones o noticias publicadas en periódicos, a la rectificación o respuesta “por el mismo órgano de difusión”, considerando tales previsiones como formando parte del ordenamiento constitucional de Guatemala¹⁶.

En Honduras, el artículo 16 de la Constitución también dispone que todos los tratados suscritos con otros Estados (y no sólo los relativos a derechos humanos) forman parte del derecho interno; y el artículo 18 del mismo texto establece que en caso de conflicto entre las leyes y los tratados, estos tienen preeminencia sobre aquellas. Adicionalmente, la Constitución de Honduras admite la posibilidad de que se puedan incluso ratificar tratados internacionales contrarios a lo dispuesto en la Constitución, en cuyo caso aquellos deben aprobarse conforme al procedimiento para la reforma constitucional (Artículo 17). Una regulación similar se establece en el artículo 53 de la Constitución del Perú.

En Colombia, la Constitución también ha establecido una previsión similar a las de las Constituciones de Guatemala y Honduras, al establecer en el artículo 93 que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. En este caso, por “derecho interno” también debe entenderse como comprendiendo no solo las leyes sino la Constitución misma.

La norma ha permitido a la Corte Constitucional, aplicar directamente los tratados internacionales en materia de derechos humanos para la solución de casos, como sucedió, por ejemplo, con la decisión n° T-447/95 de la Corte Constitucional de 23 de octubre de 1995, en la cual se reconoció como derecho inherente a la persona humana el derecho de toda persona a la identidad, para lo cual la Corte se fundamentó en lo establecido en los tratados y convenios internacionales, respecto de los cuales la Corte reconoció su rango supra constitucional y supra legal.

En dicho caso, al decidir, la Corte Constitucional comenzó por referirse a una decisión previa de la anterior Corte Suprema de Justicia, en la cual se había determinado el valor supra legal de los tratados, señalando lo siguiente:

A partir de 1928 la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia otorgó un valor prevalente a los tratados Internacionales sobre el ordenamiento jurídico legal. Normas estas últimas de naturaleza internacional, que por voluntad del Estado Colombiano entraron a formar parte del ordenamiento jurídico con carácter supra legal. Estableciéndose así la fuerza coercitiva de preceptos a los cuales el Estado firmante, tiene el deber de garantizar su plena efectividad. Valor supra legal expresamente contenido en el artículo 93 de la Constitución política de Co-

16 *V. en Iudicum et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n° 5, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 1997, pp. 45 y ss.

lombia y que también tenían pleno valor supra legal, como lo reconoció la Corte Suprema de Justicia: “Agregase a ello --continúa- que esa superioridad ha sostenido como doctrina invariable que *“es principio de Derecho Público, que la Constitución y los Tratados Públicos son la ley suprema del país y sus disposiciones prevalecen sobre las simplemente legales que les sean contrarias aunque fuesen posteriores* (cursivas no originales)¹⁷.”

En la misma decisión, la Corte Constitucional se refirió además al rango supra constitucional de los tratados en materia de derechos humanos, lo que implica la obligación del Estado de garantizar el efectivo ejercicio de los derechos humanos, con fundamento en los artículos 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte, en efecto, resolvió que:

La Convención Interamericana y los pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señalan que es deber de los Estados no sólo respetar los derechos civiles y políticos sino, además, garantizar, sin discriminación alguna, su libre y pleno goce a toda persona sujeta a su jurisdicción (Convención Interamericana art. 1º; Pacto de derechos civiles y políticos art. 2º ord. 1º). Por ello, estos pactos, que han sido todos ratificados por Colombia y por ende prevalecen en el orden interno (Constitución Política, art. 93), señalan que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, *“las medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos* (cursivas no originales)” los derechos humanos (Convención Interamericana art. 2º; Pacto de Derechos Civiles art. 2º ord. 2º). Ahora bien, la Corte Constitucional, en acuerdo con una doctrina muy autorizada en este campo, considera que entre las medidas “de otro carácter” deben incluirse las sentencias de los jueces, y muy particularmente las decisiones de esta Corporación, pues la rama judicial es uno de los órganos del Estado colombiano, y éste se ha comprometido a tomar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos de las personas”.... Es pues legítimo que los jueces, y en particular la Corte Constitucional, integren a la normatividad, al momento de tomar sus decisiones, los derechos reconocidos en la Constitución y en los Pactos¹⁸.

Con fundamento en lo anterior, la Corte Suprema consideró que el artículo 29,c de la Convención Americana de Derechos Humanos prohibía que se interpretasen sus disposiciones de manera de excluir otros derechos y garantías inherentes a la persona humana, dando un sentido muy amplio a la interpretación de los derechos, concluyendo su decisión señalando que:

El derecho a la identidad como derecho inherente a la persona humana para la época de ocurridos los hechos estaba plenamente garantizado, por cuanto la fuerza vinculante de pactos internacionales así lo determinaba al igual que la consagración del derecho a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad¹⁹.

Hasta cierto punto, la Constitución de Venezuela de 1999 también puede ubicarse en este primer sistema que permite la aplicación directa de los tratados internacionales en el orden interno, al otorgarle jerarquía supra constitucional a los derechos humanos declarados en dichos tratados internacionales cuando contengan previsio-

17 V. en *Derechos Fundamentales e interpretación Constitucional, (Ensayos-Jurisprudencia)*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1997; y en Carlos Ayala Corao, “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional” en *Revista del Tribunal Constitucional*, nº 6, Sucre, Bolivia, Nov. 2004, pp. 275 y ss.

18 *Idem*.

19 *Idem*

nes más favorables. El artículo 23 de dicho texto constitucional, en efecto, dispone lo siguiente:

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.

Al establecer esta norma que los derechos humanos declarados en los tratados, pactos y convenciones internacionales prevalecen respecto de las normas del orden jurídico interno si contienen disposiciones más favorables al goce y ejercicio de dichos derechos, se está refiriendo no sólo a lo que está establecido en las leyes, sino a lo dispuesto en la propia Constitución, otorgándole en consecuencia rango supra constitucional a dichos derechos declarados en instrumentos internacionales.

Este artículo de la Constitución venezolana, sin duda, es uno de los más importantes en materia de derechos humanos²⁰, no sólo por establecer el mencionado rango supra constitucional a los derechos declarados en tratados internacionales, sino por establecer la aplicación inmediata y directa de dichos tratados por los tribunales y demás autoridades del país. Su inclusión en la Constitución, sin duda, fue un avance significativo en la construcción del esquema de protección de los derechos humanos.

Sin embargo, desafortunadamente, esta clara disposición constitucional ha sido interpretada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en una forma abiertamente contraria tanto a su texto como a lo que fue la intención del constituyente.

En efecto, en la sentencia n° 1492 del 7 de julio de 2003, al decidir una acción popular de inconstitucionalidad intentada contra varias normas del Código Penal contentivas de normas llamadas “leyes de desacato” por violación relativa a la libertad de expresión y, en particular, de lo dispuesto en tratados y convenciones internacionales, la Sala Constitucional de dicho Tribunal Supremo, resolvió en la siguiente forma:

En primer lugar, la Sala comenzó señalando que el artículo 23 de la Constitución contiene dos elementos claves: En primer lugar, indicó respecto de los derechos referidos en la normas, que “se trata de derechos humanos aplicables a las personas naturales”; y en segundo lugar, que el artículo constitucional “se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos”; agregando que se “se trata de una prevalencia de las normas que conforman los Tratados, Pactos y Convenios (términos que son sinónimos) relativos a derechos humanos, pero no de los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales”²¹.

20 La incorporación de este artículo en el texto de la Constitución, se hizo a propuesta nuestra. V. Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Fundación de Derecho Público, Caracas 1999, pp. 88 y ss y 111 y ss.

21 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 y ss.

La Sala Constitucional luego concluyó señalando que del artículo 23 de la Constitución, es claro que:

La jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara.

Y más adelante insistió en señalar que:

Al incorporarse las normas sustantivas sobre derechos humanos, contenidas en los Convenios, Pactos y Tratados Internacionales a la jerarquía constitucional, el máximo y último intérprete de ellas, a los efectos del derecho interno es esta Sala Constitucional, que determina el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales (artículo 335 constitucional), entre las cuales se encuentran las de los Tratados, Pactos y Convenciones suscritos y ratificados legalmente por Venezuela, relativos a derechos humanos²².

Con fundamento en esta proposición, la Sala Constitucional concluyó su decisión señalando que “es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela”; concluyendo de la siguiente manera:

Esta competencia de la Sala Constitucional en la materia, que emana de la Carta Fundamental, no puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en Tratados ni en otros textos Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el país, que permitan a los Estados partes del Tratado consultar a organismos internacionales acerca de la interpretación de los derechos referidos en la Convención o Pacto, como se establece en el artículo 64 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, ya que, de ello ser posible, se estaría ante una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala Constitucional y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales), quienes harían interpretaciones vinculantes²³.

La Sala Constitucional concluyó su decisión fundamentándose en los principios de soberanía, argumentado que las decisiones de los tribunales internacionales pueden ser aplicados en Venezuela sólo cuando estén conformes con lo que dispone la Constitución. En consecuencia, el rango supra constitucional de los tratados cuando establezcan regulaciones más favorables en relación con el goce y ejercicio de los derechos humanos, puede considerarse que fue eliminado de un solo golpe por la Sala Constitucional, al asumir el monopolio absoluto de la interpretación constitucional, lo cual, de acuerdo con la Constitución, no sólo corresponde a dicha Sala.

En todo caso, el principal problema en relación con este criterio restrictivo de la Sala Constitucional en relación con la interpretación del valor de las decisiones de los organismos internacionales, es que la misma fue dictada como una interpretación vinculante de la Constitución, limitando así el poder general de los jueces al ejercer el control difuso de la constitucionalidad, de poder aplicar directamente y dar prevalencia en el orden interno a las normas de la Convención Americana.

22 *Idem*.

23 *V. en Revista de Derecho Público*, n° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 y ss.

La interpretación restrictiva, por otra parte, se adoptó en una decisión de la Sala Constitucional que fue dictada para negarle todo valor o rango constitucional a las “recomendaciones” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, rechazando en consecuencia a considerar que los artículos impugnados del Código Penal limitativos de la libertad de expresión del pensamiento en relación con funcionarios públicos, eran inconstitucionales por contrariar las recomendaciones de la Comisión Interamericana, que el accionante había argumentado que eran obligatorias para el país.

La Sala Constitucional, al contrario, consideró que de acuerdo con la Convención Americana, la Comisión puede formular “recomendaciones” a los gobiernos a los efectos de que adopten en su derecho interno medidas progresivas a favor de los derechos humanos, al igual que tomen provisiones para promover el respeto de los derechos (art. 41,b) considerando que:

Si lo recomendado debe adaptarse a la Constitución y a las leyes de los Estados, es porque ello no tiene naturaleza obligatoria, ya que las leyes internas o la Constitución podrían colidir con las recomendaciones. Por ello, el articulado de la Convención nada dice sobre el carácter obligatorio de la recomendación, lo que contrasta con la competencia y funciones del otro órgano: la Corte, la cual -según el artículo 62 de la Convención- puede emitir interpretaciones obligatorias sobre la Convención siempre que los Estados partes se la pidan, lo que significa que se allanan a dicho dictamen.

Si la Corte tiene tal facultad, y no la Comisión, es forzoso concluir que las recomendaciones de ésta, no tienen el carácter de los dictámenes de aquélla y, por ello, la Sala, para el derecho interno, declara que las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no son obligatorias.

Ahora bien, a juicio de esta Sala, las recomendaciones de la Comisión como tales, deben ser ponderadas en lo posible por los Estados miembros. Estos deben adaptar su legislación a las recomendaciones, siempre que ellas no colidan con las normas constitucionales, pero para esta adaptación no existe un término señalado y, mientras ella se practica, las leyes vigentes que no colidan con la Constitución o, según los tribunales venezolanos, con los derechos humanos contemplados en las Convenciones Internacionales, siguen siendo aplicables hasta que sean declaradas inconstitucionales o derogadas por otras leyes²⁴.

En definitiva, la Sala concluyó resolviendo que las recomendaciones de la Comisión en relación con las leyes de desacato, solo eran puntos de vista de la Comisión sin efectos imperativos u obligatorios, es decir, manifestaciones de alerta dirigida a los Estados para que en el futuro derogasen o reformasen dichas leyes a los efectos de su adaptación al derecho internacional. Lamentablemente, la Sala Constitucional se olvidó tomar en cuenta lo que los Estados están obligados a hacer en relación con las recomendaciones de la Comisión, que es adoptar las medidas para adaptar su derecho interno a la Convención; medidas que por supuesto no se agotan con la sola derogación o reforma de leyes, siendo una de dichas medidas, precisamente, la interpretación judicial que podía y debía ser dada por el juez constitucional conforme a las recomendaciones, que fue lo que la Sala Constitucional venezolana eludió hacer.

Al contrario, en la misma materia, en la Argentina, por ejemplo, luego de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considerara que las leyes de amnis-

24 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, p. 141.

tía (*Punto Final y Obediencia Debida*) dictadas en ese país, así como las medidas de perdón aprobadas por el gobierno en relación con los crímenes cometidos por la dictadura militar eran contrarias a la Convención Americana, los tribunales comenzaron a considerar tales leyes como inconstitucionales por violar el derecho internacional siguiendo lo recomendado por las instancias internacionales²⁵.

En todo caso, la Sala Constitucional de Venezuela, en la antes mencionada sentencia, al contrario concluyó su aproximación restrictiva señalando que

Una interpretación diferente es otorgarle a la Comisión un carácter supranacional que debilita la soberanía de los Estados miembros, y que -como ya lo apuntó la Sala- lo prohíbe la Constitución vigente.

Consecuente con lo señalado, la Sala no considera que tengan carácter vinculante, las recomendaciones del Informe Anual de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, correspondiente al año 1994 invocado por el recurrente. Dicho Informe hace recomendaciones a los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos para derogar o reformar las leyes, para armonizar sus legislaciones con los tratados en materia de derechos humanos, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica; por lo que el Informe con recomendaciones no pasa de ser esto: un grupo de recomendaciones que los Estados acatarán o no, pero que, con respecto a esta Sala, no es vinculante, y así se declara²⁶.

La verdad, sin embargo, es que después de la sentencia de la Sala Constitucional de Venezuela, el Código Penal fue efectivamente reformado, pero en relación con las normas que encajan dentro de las llamadas “leyes de desacato” no se produjo adaptación alguna.

De nuevo, en contraste con esta desatención del Estado a las recomendaciones de la Comisión Interamericana, se encuentra en cambio el caso de Argentina, donde en 1995, el Congreso sí decidió en relación con la misma materia derogando las normas que establecían los mismos delitos sobre “leyes de desacato”, precisamente en cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana en la materia²⁷.

La mencionada aproximación restrictiva de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en relación con el valor en el derecho interno de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en todo caso, ya había sido adoptada con anterioridad por la misma Sala Constitucional en una sentencia de 17 de mayo de 2000, en la cual objetó los poderes cuasi-jurisdiccionales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El caso, referido a la *Revista Exceso*, fue el siguiente:

25 Sentencia de 4-03-2001, Juzgado Federal n° 4, caso *Pobrete Hlaczik*, citado en Kathryn Sikkink, “The transnational dimension of judicialization of politics in Latin America”, en Rachel Sieder et al (ed), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Palgrave Macmillan, New York, 2005, pp. 274, 290

26 Sentencia n° 1942 de 15 de Julio de 2003, en *Revista de Derecho Público*, n° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 y ss.

27 Caso *Verbistky*, Informe n° 22/94 de la Comisión de 20-09-1994, caso 11.012 (Argentina). V. los comentarios de Antonio Cançado Trindade, “Libertad de expresión y derecho a la información en los planos internacional y nacional”, en *Judicum et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n° 5, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 1997, pp. 194-195. V. el “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 17 de febrero de 1995”, en *Estudios Básicos de derechos Humanos*, Vol. X, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José 2000.

El director y una periodista de dicha Revista intentaron una acción de amparo constitucional contra una sentencia de un tribunal penal dictada en un proceso por difamación e injuria contra ellos, pidiendo protección a su derecho a la libre expresión del pensamiento y a la libertad de información. Ante la falta de decisión de la acción de amparo, los accionantes acudieron ante la Comisión Interamericana denunciando el mal funcionamiento del sistema judicial venezolano, solicitando protección internacional contra el Estado venezolano por violación al derecho a la libre expresión del pensamiento y al debido proceso, así como contra las amenazas judiciales penales contra el director y la periodista de la Revista. La Comisión Interamericana, en el caso, adoptó algunas medidas preventivas de protección.

La Sala Constitucional, en su momento, al decidir sobre la acción de amparo intentada, consideró que este caso efectivamente se habían violado los derechos de los accionantes al debido proceso, pero no así su libertad de información; y en relación con las medidas cautelares adoptadas por la Comisión Interamericana, las calificó de inaceptables, señalando que:

Igualmente considera inaceptable la instancia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos en el sentido de solicitar la adopción de medidas que implican una crasa intromisión en las funciones de los órganos jurisdiccionales del país, como la suspensión del procedimiento judicial en contra de los accionantes, medidas que sólo pueden tomar los jueces en ejercicio de su competencia e independencia jurisdiccional, según lo disponen la Carta Fundamental y las leyes de la República Bolivariana de Venezuela, aparte lo previsto en el artículo 46, aparte b) de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (Costa Rica), que dispone que la petición sobre denuncias o quejas de violación de dicha Convención por un Estado parte, requerirá que “se haya interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos”, lo cual fue pretermitido en el caso de autos, por no haber ocurrido retardo judicial imputable a esta Sala según lo indicado en la parte narrativa de este fallo²⁸.

Esta desafortunada decisión puede considerarse como contraria al artículo 31 de la Constitución de Venezuela, que consagra expresamente el derecho constitucional de toda persona de poder acudir ante los organismos internacionales de derechos humanos como la Comisión Interamericana, solicitando amparo respecto de sus derechos violados. Por tanto, es difícil imaginar cómo es que este derecho constitucional se podría ejercer, si es la misma Sala Constitucional la que ha rechazado la jurisdicción de la Comisión Interamericana.

En contraste con esta reacción de la Sala Constitucional venezolana, en otros países la situación ha sido la contraria, como es el caso de Costa Rica, donde la Sala Constitucional de la Corte Suprema en su sentencia 2313-95, fundamentó su decisión declarando la inconstitucionalidad del artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas que establecía la colegiación obligatoria de los mismos al Colegio de Periodistas para poder ejercer dicha profesión, en lo que previamente había resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la *Opinión Consultiva N°*

28 Caso *Faitha M. Nahmens L. y Ben Ami Fihman Z. (Revista Exceso)*, Exp. n° 00-0216, Sentencia n° 386 de 17-5-2000. Consultada en original. V. en Carlos Ayala Corao, “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional” en *Revista del Tribunal Constitucional*, n° 6, Sucre, Bolivia, Nov. 2004, pp. 275 y ss.

OC-5 de 1985²⁹, señalando que: "...si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar las leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrán -de principio- el mismo valor de la norma interpretada"³⁰. Por ello, la Sala concluyó en el caso concreto, que como Costa Rica había sido el país que había requerido la Opinión Consultiva que:

Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su OC-05-85 unánimemente resolvió que la colegiación obligatoria de periodistas contenida en la Ley n° 4420, en cuanto impide el acceso de las personas al uso de los medios de comunicación, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Por lo demás, debe indicarse que conforme a la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, el sistema constitucional de ese país también puede ubicarse entre los que otorgan rango supra constitucional a los tratados en materia de derechos humanos, si contienen normas más favorables en la materia. Así, en la mencionada sentencia n° 2313-95, la Sala precisó lo siguiente:

Sobre esto debe agregarse que tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (*vid.* sentencia n° 3435-92 y su aclaración, n° 5759-93).

Por ello, en la misma sentencia de la Sala Constitucional, al precisar su competencia para ejercer el control de constitucionalidad de normas, precisó que:

La Sala Constitucional no solamente declara violaciones a derechos constitucionales, sino a todo el universo de derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país. Desde ese punto de vista, el reconocimiento por la Sala Constitucional de la normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la forma en que la interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-05-85, resulta natural y absolutamente consecuente con su amplia competencia. De tal manera, que sin necesidad de un pronunciamiento duplicado, fundado en los mismos argumentos de esa opinión, la Sala estima que es claro para Costa Rica que la normativa

29 *Opinión Consultiva* OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). En la misma, la Corte Interamericana fue de la opinión: "que la colegiación obligatoria de los periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"; y "que la Ley N° 4420 de 22 de septiembre de 1969, Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, objeto de la presente consulta, en cuanto impide a ciertas personas el pertenecer al Colegio de Periodistas y, por consiguiente, el uso -pleno- de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse y transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

30 Sentencia n° 2312-05 de 09-05-1995. Consultada en original. Citada además en Rodolfo Piza R., *La justicia constitucional en Costa Rica*, San José 1995; y en Carlos Ayala Corao, "Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional" en *Revista del Tribunal Constitucional*, n° 6, Sucre, Bolivia, Nov. 2004, pp. 275 y ss

de la Ley n° 4420... es ilegítima y atenta contra el derecho a la información, en el amplio sentido que lo desarrolla el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, tanto como de los artículos 28 y 29 de la Constitución Política.

Ahora bien, volviendo al caso de Venezuela, antes de que se adoptara la interpretación restrictiva de la Sala Constitucional antes referida, debe decirse que muchos tribunales inferiores en otras materias aplicaron la Convención Americana de Derechos Humanos, declarando la prevalencia de sus normas en relación con normas constitucionales y legales.

Fue el caso, por ejemplo, del derecho a la revisión judicial de sentencias, o derecho a la segunda instancia o derecho de apelación. En efecto, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, al regular transitoriamente los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa³¹, dispuso que en los casos de impugnación de algunos actos administrativos como los emanados de institutos autónomos o Administraciones desconcentradas o independientes, la competencia para decidir de la acción correspondía en única instancia a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sin apelación ante la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema.

La Constitución de 1999 solo reguló como derecho constitucional el derecho de apelación en materia de juicios penales a favor de la persona declarada culpable (art. 40,1); por lo que en otros casos, como el mencionado de los juicios contencioso administrativos, no existe una garantía constitucional expresa a la apelación, por lo que en los casos de las decisiones de la Corte Primera de lo Contencioso, conociendo en única instancia, la apelación había sido siempre declarada inadmisibile.

Después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, sin embargo, en algunos casos se ejercieron recursos de apelación contra decisiones de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa para ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, alegándose la inconstitucionalidad de la norma de la Ley Orgánica que limitaba el derecho de apelación en ciertos casos. Como consecuencia de ello, en algunos casos los tribunales contencioso administrativos, en ejercicio del control difuso de constitucionalidad, admitieron la apelación basándose en el derecho de apelar las decisiones judiciales ante el tribunal superior que se establece en el artículo 8,2,h de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual se consideró como formando parte del derecho interno.

El tema finalmente llegó a ser considerado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, la cual en una decisión n° 87 del 13 de marzo de 2000, resolvió lo siguiente:

Puesta en relación esta norma con la disposición prevista en el artículo 49, numeral 1, de la Constitución de la República, en la cual el derecho a recurrir del fallo se atribuye únicamente a la persona declarada culpable, y se autoriza el establecimiento de excepciones al citado derecho, cabe interpretar que la norma de la convención es más favorable al goce y ejercicio del citado derecho, puesto que consagra el derecho de toda persona a ser oída, no sólo en la sustanciación de cualquier acusación, penal, sino también en la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, establece el derecho a recurrir del fallo, sin excepción alguna; le atribuye la naturaleza de garantía mínima;

31 V. los comentarios en Allan R. Brewer-Carías y Josefina Calcaño de Temeltas, *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1978.

otorga su titularidad a toda persona, con independencia de su condición en el proceso; y establece que el titular del citado derecho ha de ser tratado bajo el principio de igualdad plena.

Puesta en relación esta norma en referencia con la disposición prevista en el último aparte del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cabe interpretar que esta última es incompatible con aquélla, puesto que niega, en términos absolutos, el derecho que la convención consagra, siendo que el ordenamiento constitucional no atribuye a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el rango de Tribunal Supremo³².

Con fundamento en lo antes mencionado, la Sala Constitucional concluyó su decisión, señalando que:

[...] reconoce y declara, con fundamento en la disposición prevista en el artículo 23 de la Constitución de la República, que el artículo 8, numerales 1 y 2 (literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, forma parte del ordenamiento constitucional de Venezuela; que las disposiciones que contiene, declaratorias del derecho a recurrir del fallo, son más favorables, en lo que concierne al goce y ejercicio del citado derecho, que la prevista en el artículo 49, numeral 1, de dicha Constitución; y que son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público³³.

La Sala Constitucional incluso resolvió el caso estableciendo una interpretación obligatoria, que exigía la re-redacción de la Ley Orgánica, disponiendo lo siguiente:

En consecuencia, visto que el último aparte, primer párrafo, del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, dispone lo siguiente: “Contra las decisiones que dictó dicho Tribunal en los asuntos señalados en los ordinales 1 al 4 de este artículo no se oirá recurso alguno”; visto que la citada disposición es incompatible con las contenidas en el artículo 8, numerales 1 y 2 (literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las cuales están provistas de jerarquía constitucional y son de aplicación preferente; visto que el segundo aparte del artículo 334 de la Constitución de la República establece lo siguiente: “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, aun de oficio, decidir lo conducente”, ésta Sala acuerda dejar sin aplicación la disposición transcrita, contenida en el último aparte, primer párrafo, del artículo 185 de la Ley Orgánica en referencia, debiendo aplicarse en su lugar, en el caso de la sentencia que se pronuncie, de ser el caso, sobre el recurso contencioso administrativo de anulación interpuesto por la parte actora ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (expediente n° 99-22167), la disposición prevista en el último aparte, segundo párrafo, del artículo 185 *eiusdem*, y la cual es del tenor siguiente: ‘Contra las sentencias definitivas que dicte el mismo Tribunal ... podrá interponerse apelación dentro del término de cinco días, ante la Corte Suprema de Justicia (*rectius*: Tribunal Supremo de Justicia)’. Así se decide³⁴.

2. La aplicación directa de los instrumentos internacionales de derechos humanos debido a su rango constitucional

Pero en segundo lugar, otro de los mecanismos para que se produzca la aplicación directa de los tratados sobre derechos humanos en el orden interno, es el derivado

32 Caso: *C.A. Electricidad del Centro (Elecetro) y otra vs. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. (Procompetencia)*, en *Revista de Derecho Público*, n° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 157 y ss.

33 *Idem*, p. 157.

34 *Idem*. p. 158.

del otorgamiento de rango constitucional a los mismos, con lo cual adquieren igual jerarquía que la Constitución.

En este grupo se pueden distinguir dos tipos de regímenes constitucionales: los que confieren rango constitucional a todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, o los que sólo otorgan dicho rango a un determinado grupo de tratados enumerados en las Constituciones.

En el primer grupo se destaca el caso de la Constitución del Perú de 1979, derogada en 1994, en cuyo artículo 105 se establecía que “los preceptos contenidos en los tratados sobre derechos humanos, tienen jerarquía constitucional” y en consecuencia, “no pueden ser modificados excepto mediante el procedimiento vigente para la reforma de la Constitución”.

En el segundo grupo se puede ubicar a la Constitución de Argentina, en la cual se otorga a un importante grupo de tratados y declaraciones internacionales que estaban vigentes en 1994, específicamente enumerados en el artículo 75.22 de la Constitución, una jerarquía superior a las leyes, es decir, rango constitucional:

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

Estos instrumentos internacionales conforme se indica en el texto constitucional “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Aparte de ello, el mismo artículo precisa que “solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

En relación con los otros tratados en materia de derechos humanos diferentes a los enumerados en el artículo 75,22, la Constitución estableció que “luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

De acuerdo con todas estas previsiones constitucionales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aplicado la Convención Americana de Derechos Humanos, dando prevalencia a sus previsiones en relación con las leyes, como sucedió respecto del Código de Procedimiento Penal. Al contrario de lo que se establece en la Convención Americana, dicho Código excluía el derecho de apelación respecto de algunas decisiones judiciales de acuerdo a la cuantía de la pena. La Corte Suprema de la Nación declaró la invalidez por inconstitucionalidad de dichas normas limitativas de la apelación, aplicando precisamente el artículo 8,1,h de la Convención Americana que garantiza, como se ha dicho, el derecho de apelar las decisiones judiciales por ante un tribunal superior³⁵.

35 Sentencia de 04-04- 1995, Caso *Giroldi, H.D. y otros. V.* en Aida Kemelmajer de Carlucci and María Gabriela Abalos de Mosso, “Grandes líneas y directrices de la jurisprudencia argentina sobre material constitu-

Por otra parte, también en Argentina, los tribunales han considerado las decisiones de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana como obligatorias, incluso antes de que los tratados internacionales de derechos humanos fueran constitucionalizados en la reforma constitucional de 1994. En una sentencia de 7 de julio de 1992, la Corte Suprema aplicó la *Opinión Consultiva OC-7/86*³⁶ de la Corte Interamericana, señalando que: “la interpretación del Pacto debe, además guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, artículo 1)”³⁷.

En 1995, la misma Corte Suprema de Argentina consideró que debido al reconocimiento por el Estado de la jurisdicción de la Corte Interamericana para resolver casos de interpretación y aplicación de la Convención Americana, sus decisiones “deben servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales”³⁸. En otras decisiones, la Corte Suprema revocó decisiones de tribunales inferiores por considerar que las interpretaciones que las sustentaban eran incompatibles con la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁹.

Debe mencionarse, por otra parte, que en el caso de Panamá, a pesar de que no se indica en el texto Constitucional expresamente, el rango constitucional de los tratados, de la jurisprudencia de la Corte Suprema ello puede deducirse, al considerar que cualquier violación a un tratado internacional es una violación del artículo 4 de la Constitución.

En efecto, la Constitución de Panamá sólo dispone que “La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional” (art. 4); ello, sin embargo, ha permitido a la Corte Suprema de Justicia, considerar como una violación constitucional la violación a normas de tratados internacionales. En una sentencia del 12 de marzo de 1990, en efecto, se declaró la inconstitucionalidad de un decreto ejecutivo que establecía un condicionamiento arbitrario de carácter global al ejercicio de las libertades de expresión y de prensa, para lo cual la Corte Suprema estableció que:

cional durante el año 1995”, en *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano 1996*, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 1996, pp. 517 y ss.; y en Carlos Ayala Corao, “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional” en *Revista del Tribunal Constitucional*, n° 6, Sucre, Bolivia, Nov. 2004, pp. 275 y ss.

36 *Opinión Consultiva OC-7/86* de 29 de agosto de 1986. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

37 Sentencia caso *Miguel A. Ekmkdjiam, Gerardo Sofvic y otros*, en Ariel E. Dulitzky, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado” en *La aplicación de los tratados sobre derechos Humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 1997; y en Carlos Ayala Corao, “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional” en *Revista del Tribunal Constitucional*, n° 6, Sucre, Bolivia, Nov. 2004, pp. 275 y ss.

38 Sentencia caso *H. Giroldi recurso de casación*, 17-04-1995. V. en *Jurisprudencia Argentina*, Vol. 1995-III, p. 571; y en Carlos Ayala Corao, “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional” en *Revista del Tribunal Constitucional*, n° 6, Sucre, Bolivia, Nov. 2004, pp. 275 y ss.

39 Caso *Bramajo*, September 12, 1996. V. en *Jurisprudencia Argentina*, Nov. 20, 1996; y en Carlos Ayala Corao, “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional” en *Revista del Tribunal Constitucional*, n° 6, Sucre, Bolivia, Nov. 2004, pp. 275 y ss.

Con ese proceder se viola el artículo 4 de la carta magna, que obliga al acatamiento de las normas de Derecho internacional por parte de las autoridades nacionales. En el caso bajo examen, tal como lo señala el recurrente, se trata de la violación del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos humanos, aprobados por las leyes 14 de 1976 y 15 de 1977, respectivamente, convenios que rechazan el establecimiento de la censura previa al ejercicio de las libertades de expresión y de prensa, en tanto que derechos humanos fundamentales⁴⁰

3. La aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el orden interno dado su rango y valor supra legal

En tercer lugar, la aplicación en el orden interno de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, se ha logrado en los casos en los cuales las Constituciones han atribuido rango supra legal a los tratados y convenciones internacionales en general, incluyendo los relativos a derechos humanos. En estos sistemas, los tratados están sujetos a la Constitución pero prevalecen sobre lo dispuesto en las leyes.

Esta fue la modalidad que se siguió por ejemplo en las Constituciones de Alemania (artículo 25), Italia (artículo 10), Francia (artículo 55) y en América Latina, es la solución adoptada en la Constitución de Costa Rica (reforma de 1968), en la cual se dispone que: “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes” (Artículo 7). Como antes se dijo, sin embargo, la jurisprudencia de la Sala Constitucional le ha otorgado a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, rango constitucional e incluso supra constitucional de contener disposiciones más favorables al ejercicio de los mismos.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en todo caso, ha aplicado directamente la Convención Americana de Derechos Humanos, con prevalencia sobre las leyes, al considerar que las normas “legales que contradigan [un tratado] deban tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior del tratado”⁴¹. En esta forma, al considerar que el artículo 8.2 de la Convención americana “reconoce como derecho fundamental de todo ser humano, imputado en una causa penal por delito, el de recurrir del fallo” la Sala consideró que el artículo 472 del Código de Procedimientos Penales que limitaban el ejercicio del recurso de casación debían tenerse “por no puestas” y entender “que el recurso de casación a que ahí se alude está legalmente otorgado a favor del reo condenado a cualquier pena en sentencia dictada en una causa penal por delito”. La Sala Constitucional, en una sentencia posterior n° 719-90 declaró con lugar el recurso de inconstitucionalidad intentado contra el artículo 474 del Código de Procedimientos Penales, anulándolo y considerando en consecuencia, como “no puestas las limitaciones al derecho a recurrir en casación a favor del imputado contra la sentencia

40 *V. en Judicium et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n° 5, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 1997 pp. 80-82

41 Sentencia 282-90, caso *violación del artículo 8.2 de la Convención Americana por el derogado artículo 472 del Código de Procedimientos Penales*. Consultada en original.

penal por delito, establecidas en el artículo”. Para ello, la Sala partió de la consideración de que:

Lo único que, obviamente, impone la Convención Americana es la posibilidad de recurso ante un Tribunal Superior contra la sentencia penal por delito, de manera que al declararse inconstitucionales las limitaciones impuestas por el artículo 474 incisos 1) y 2) del Código de Procedimientos Penales, los requerimientos del artículo 8.2 inciso h) de la Convención estarían satisfechos, con la sola salvedad de que el de casación no fuera el recurso ante juez o tribunal superior, en los términos de dicha norma internacional⁴².

Se destaca, sin embargo, que en otra sentencia n° 1054-94, la Sala Constitucional declaró sin lugar la impugnación por inconstitucionalidad del artículo 426 del Código de Procedimientos Penales, por las mismas razones antes señaladas de negativa del recurso en materia de contravenciones y no de delitos, por considerar que en su jurisprudencia, lo que ha establecido la Sala con claridad es “que la citada Convención Americana establece la doble instancia como derecho fundamental de todo ser humano, imputado en una causa penal por delito, de recurrir del fallo ante un superior, y no indistintamente en todas las materias”⁴³.

Ahora bien, en cuanto al rango supra legal de los tratados y su prevalencia respecto de las leyes en caso de conflicto, en sentido similar, el artículo 144 de la Constitución de El Salvador dispone que: “Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución” agregando que “La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador” y que “En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”.

De acuerdo con estas previsiones, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador también ha aplicado los tratados internacionales en materia de derechos humanos, decidiendo casos en los que ha considerado que las regulaciones internacionales prevalecen sobre la legislación interna. Es el caso, por ejemplo, de la sentencia de 17 de noviembre de 1994, dictada en un proceso en el cual un tribunal penal decidió la detención preventiva de un antiguo comandante de las fuerzas armadas irregulares, en un juicio que se le seguía por el delito de difamación.

En dicho caso, la Sala decidió que “para la adecuada comprensión de las instituciones de la detención provisional en nuestro sistema, debemos tener en cuenta además con fundamento en el artículo 144 de la Constitución, los tratados internacionales ratificados por El Salvador”⁴⁴; por lo que, en consecuencia, pasó a analizar el artículo 11,1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 9,3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que se refieren al derecho a la presunción de inocencia y al carácter excepcional de la detención preventiva, la cual no debe considerarse como la regla general. La Sala Constitucional también analizó el artículo XXVI de la Declaración Americana de Derechos Humanos, que también se refiere a la presunción de inocencia, y a los artículos 7,2 y 8,2 de la Con-

42 Consultada en original.

43 *Idem*.

44 *V. en Iudicum et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n° 5, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 1997, p. 157.

vención Americana de Derechos Humanos los cuales regulan los derechos de las personas en relación con las detenciones, particularmente el principio *nulla poena sine lege*. Conforme a todo ese análisis del derecho internacional de los derechos humanos, la Sala concluyó señalando que “es en ese contexto -constitucional e internacional- que se ha de encuadrar el examen de la detención provisional, por cuanto tales normas, dada su superior ubicación en la jerarquía normativa, obligan a su cumplimiento”⁴⁵

En consecuencia, y fundamentándose en las regulaciones internacionales en relación con la detención preventiva y los derechos de las personas, la Sala concluyó que “ésta no puede nunca constituir la regla general de los procesos penales -circunstancia además expresamente prohibida en el artículo 9,3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- por lo que la misma, no puede funcionar automáticamente”⁴⁶, porque no puede entenderse como una sanción anticipada. Al contrario, a los efectos de decretar la detención, el juez en cada caso necesita evaluar las circunstancias sobre la necesidad y conveniencia de la privación de la libertad para proteger el interés público fundamental.

Con fundamento en lo anterior, la Sala Constitucional concluyó en relación con el caso antes mencionado, que como en el mismo se había decidido la detención provisional, y “no se consignó justificación alguna para dicha orden, esta deviene en inconstitucional”⁴⁷.

En otra sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador de 13 de junio de 1995, la Sala declaró la inconstitucionalidad de una Ordenanza municipal que había establecido restricciones al ejercicio del derecho de reunión y manifestación, fundamentándose en lo dispuesto en los artículos 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme a los cuales las limitaciones a dichos derechos sólo podían establecerse por Ley.

A tal efecto, la Sala partió de la consideración de que “Los tratados internacionales vigentes en nuestro país, con supremacía respecto de las leyes secundarias, entre ellas, el Código Municipal, reconocen la libertad de reunión y manifestación pública y establecen que este derecho solo podrá estar sujeto a limitaciones o restricciones previstas por la LEY, que sean necesarias en una sociedad democrática”, la cual “tiene que ser emitida por la Asamblea Legislativa observando el formalismo” establecido en la Constitución; y además dispuso la Sala, que dicha ley, de acuerdo con el artículo XXVIII de la Declaración Americana de Derechos Humanos solo pueden establecerse limitaciones sujetas al principio de razonabilidad de manera que sea intrínsecamente justa: es decir, que debe responder a ciertas pautas de valor suficientes, o sea dar el contenido material de justicia consagrado en la Constitución”. La Sala concluyó en el caso concreto declarando la inconstitucionalidad solicitada, al considerar que:

Ninguno de estos componentes encontramos en el instrumento cuya inconstitucionalidad se demanda: es decir, que se trata de un caso típico de abuso de autoridad, pues no solo se en-

45 *Idem*, p. 157.

46 *Idem*, p. 158.

47 *Idem*, p. 158.

tra en reglar el ejercicio de un derecho constitucional sin autorización bastante, sino que usurpa una función reservada al legislador.

La Constitución de México, al referirse a los tratados internacionales, puede considerarse como la que en América Latina sigue más de cerca el texto de la Constitución Norteamericana, al disponer que:

Artículo 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Se trata de la misma llamada cláusula de supremacía, conforme a la cual, tradicionalmente se había considerado que los tratados tenían el mismo rango que las leyes. Así lo decidió la Suprema Corte de la Nación en sentencia de Pleno C/92, de 30 de junio de 1992, al señalar que ocupando las leyes y los tratados internacionales, el mismo rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano, lo siguiente:

[...] un tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional⁴⁸

Pero este criterio ha sido abandonado por la propia Suprema Corte, en una sentencia de revisión de amparo n° 1475/98, en la cual, al interpretarse el artículo 133 constitucional conforme a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, se determinó que en virtud de que “los compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional” los tratados internacionales “se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y, en un segundo plano, respecto de la Constitución Federal”, adquiriendo entonces rango supra legal⁴⁹.

En este grupo de países que otorgan rango supra legal a los tratados en materia de derechos humanos también se puede señalar el caso de Paraguay, cuya Constitución contiene una cláusula de supremacía similar a la mexicana, con el siguiente texto:

Artículo 137 - De la supremacía de la Constitución. La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

Dicha cláusula, sin embargo, tiene la peculiaridad de indicar el orden de prelación de las fuentes, por lo que los tratados si bien están por debajo de la Constitución, están por encima de las leyes.

48 Tesis P. C/92, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, n° 60, diciembre de 1992, p. 27.

49 V. la referencia en Guadalupe Barrera y Carlos Montemayor “Incorporación del derecho internacional en la Constitución mexicana”, *Derechos Humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Vol. III, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2001; y en Humberto Henderson, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”, en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, n° 39, San José 2004, p. 82, nota 15.

Además, esta norma se complementa con el artículo 141 de la misma Constitución que dispone que “los tratados internacionales validamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el Artículo 137”.

Conforme a estas previsiones, por ejemplo, el Tribunal de Apelaciones en lo Criminal, Primera Sala de Paraguay, en sentencia de 10 de junio de 1996, revocó una sentencia de un tribunal inferior que había dictado una condena por el delito de difamación en el cual el querellante era una persona política y pública, argumentando que “en una sociedad democrática los políticos están más expuestos a la crítica de la ciudadanía”, por lo que “en ningún caso el interés de los particulares primará sobre el interés público”, invocando para la sentencia revocatoria, las normas constitucionales pertinentes así como el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁵⁰

4. El rango legal de los tratados internacionales sobre derechos humanos y su aplicación en el ámbito interno

En cuarto lugar, en relación con la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el ámbito interno y su aplicación por los tribunales, el sistema más común es el de la atribución a los tratados del mismo rango que las leyes. Se trata del sistema clásico del constitucionalismo moderno derivado del constitucionalismo de los Estados Unidos de América, donde la Constitución, en su artículo VI. 2, dispone que:

Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que deben sancionarse conforme a la misma; y todos los tratados suscritos o que deban suscribirse bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país; y los jueces en cada Estado se sujetarán a la misma, aún cuando exista algo en contrario en la Constitución o leyes de los Estados.

En estos sistemas, en consecuencia, los tratados son parte de la legislación del país, teniendo entonces el mismo rango que las leyes. Están sujetos a la Constitución, y en su aplicación en relación con las leyes se rigen por los principios de la ley posterior y de la ley especial a los efectos de su prevalencia o efectos derogatorios.

En el caso de Uruguay, el artículo 6 de la Constitución sólo hace referencia a los tratados internacionales a los efectos de indicar que se debe proponer “la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos”; no haciendo referencia alguna ni a la jerarquía en el derecho interno ni al tema de los derechos humanos.

Ello, sin embargo, no ha sido impedimento para que la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en la sentencia de 23 de octubre de 1996, al resolver sobre una excepción de inconstitucionalidad opuesta por el Ministerio Público contra normas de la Ley de Prensa que permiten ser juzgado en libertad por delitos de prensa, fundamentara su argumento en lo dispuesto en tratados internacionales, para desestimar la excepción.

50 *V. en Iudicum et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n° 5, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 1997 pp. 82-86.

El caso concreto trató sobre un delito de imprenta por críticas formuladas al Presidente del Paraguay, en el cual el denunciante fue el Embajador del Paraguay en el Uruguay. El Ministerio Público denunció violaciones al principio de igualdad contenidas en normas constitucionales y en los artículos 7 de la Declaración Americana de Derechos Humanos y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En esa oportunidad, la Corte Suprema para decidir analizó extensivamente el derecho humano a la libre expresión del pensamiento haciendo referencia, precisamente, al artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; a la Opinión Consultiva OC-5 sobre incompatibilidad del derecho a la libre expresión del pensamiento y la colegiación obligatoria de los periodistas; y al derecho a la presunción de inocencia “consagrado expresamente, en todo caso, en las Convenciones y Declaraciones internacionales a las que ha adherido el país o que de otro modo le obligan (Declaración Universal de los Derechos del Hombre, art. 11; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.4 y Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.2.), lo que permitía al querellado en el caso, el ser juzgado en libertad⁵¹.”

El sistema constitucional de la República Dominicana también puede ubicarse en este grupo constitucional, donde los tratados tienen el mismo rango que las leyes. Por ello, y precisamente por el hecho de que la República Dominicana es uno de los pocos países de América Latina que no tiene consagrado en el texto constitucional el recurso o acción de amparo como medio judicial de protección de los derechos humanos, la Corte Suprema aplicó la Convención Americana de Derechos Humanos para admitir jurisprudencialmente la acción o recurso de amparo.

En efecto, el artículo 3 de la Constitución de la República Dominicana establece 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”. Conforme a ello, en 1977 el Congreso aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuyos artículos 8,2 y 25,1 se regulan los principios generales del debido proceso y, en particular, la acción o recurso de amparo para la protección de los derechos humanos declarados en la Convención, en las Constituciones y en las leyes de los Estados miembros.

De acuerdo con estas previsiones, si bien era cierto que la Constitución no regulaba expresamente la acción o recurso de amparo, el mismo estaba consagrado en la Convención Americana, por lo que dicho recurso podía ejercerse por toda persona en protección de sus derechos. El problema, sin embargo, radicaba en la ausencia de las reglas de procedimiento relativas al amparo, incluyendo la ausencia de normas legales atributivas de competencia judiciales para conocer de la acción. Ello explica por qué hasta 1999 no se habían intentado acciones de amparo.

Ese año, sin embargo, una empresa privada, la empresa *Productos Avon S.A.*, intentó un recurso de amparo ante la Corte Suprema contra una sentencia dictada por un juzgado con competencia en materia laboral, alegando violación de derechos constitucionales, y fue dicha acción la que originó la admisibilidad jurisprudencial de la acción de amparo en la República Dominicana sin que hubiera disposición constitucional o legal sobre la misma.

51 *V. en Iudicum et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n° 5, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 1997 pp. 72-79.

En efecto, la Corte Suprema en su sentencia del 24 de febrero de 1999, admitió la acción de amparo intentada por la mencionada empresa *Avon*, declarando al amparo como “una institución de derecho positivo” y prescribiendo en la decisión las reglas básicas de procedimiento para el ejercicio de tales acciones de amparo⁵². El caso se desarrolló como sigue:

1. La empresa demandante alegó que la decisión judicial del tribunal laboral había violado su derecho a ser juzgado por el juez natural, a cuyo efecto solicitó a la Corte Suprema que: primero, declarara en su sentencia que el amparo debía considerarse como una institución dominicana de derecho público; y segundo, que la Corte Suprema, de acuerdo con las disposiciones de la Ley Orgánica Judicial que le atribuye a la Corte el poder de resolver sobre el procedimiento aplicable en caso de que no exista uno legalmente prescrito, disponiendo las normas respectivas, estableciera dichas normas en relación con los recursos de amparo. Adicionalmente, el recurrente solicitó a la Corte que dictara una medida cautelar suspendiendo los efectos de la sentencia laboral impugnada mientras durase el juicio de amparo.

2. La Corte Suprema, a los efectos de decidir, estableció el criterio que los tratados internacionales invocados por el recurrente, particularmente los artículos 8 y 25,1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, eran parte del derecho interno de la República Dominicana, y tenían la finalidad de garantizar la protección judicial de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en la ley y en la indicada Convención, contra todo acto violatorio de dichos derechos, cometido por cualquier persona actuando o no en el ejercicio de funciones públicas, por lo que incluso se admitía contra actuaciones de particulares. En este aspecto, la Corte Suprema resolvió que:

Contrariamente a como ha sido juzgado en el sentido de que los actos violatorios tendrían que provenir de personas no investidas con funciones judiciales o que no actúen en el ejercicio de esas funciones, el recurso de amparo, como mecanismo protector de la libertad individual en sus diversos aspectos, no debe ser excluido como remedio procesal específico para solucionar situaciones creadas por personas investidas de funciones judiciales ya que, al expresar el artículo 25.1 de la Convención, que el recurso de amparo está abierto a favor de toda persona contra actos que violen sus derechos fundamentales, “aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”, evidentemente incluye entre éstas a las funciones judiciales.

Igualmente, la Corte resolvió que la vía del amparo:

Queda abierta contra todo acto u omisión de los particulares o de los órganos o agentes de la administración pública, incluido la omisión o el acto administrativo, no jurisdiccional. Del poder judicial, si lleva cualquiera de ellos una lesión, restricción o alteración, a un derecho constitucionalmente protegido⁵³

En relación con este tema, la decisión de la Corte Suprema de la República Dominicana puede considerarse como muy importante en virtud de admitir claramente que la acción de amparo también procede contra particulares, siguiendo en tal senti-

52 *V. en Judicium et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n° 7, Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 2000 p. 329 y ss. *V. los comentarios a dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carías, “La admisión jurisprudencial de la acción de amparo en ausencia de regulación constitucional o legal en la República Dominicana”, idem*, pp. 334 y ss; y en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2000.

53 *Idem*. p. 332.

do la concepción amplia del amparo iniciada en Argentina y que se sigue en Uruguay, Chile, Perú, Bolivia y Venezuela. La concepción restringida, en cambio, que excluye el amparo contra particulares, es la que se sigue en México, Brasil, Panamá, El Salvador y Nicaragua.

La decisión de la Corte Suprema de la República Dominicana también siguió la concepción amplia del amparo, al admitirlo contra decisiones judiciales, tal como está aceptada en la Convención Americana, y en contra de la tendencia observada en otros países latinoamericanos que excluyen la acción de amparo contra sentencias o decisiones judiciales, como es el caso de Argentina, Uruguay, Costa Rica, Panamá, El Salvador, Honduras y Nicaragua. En Colombia, el decreto de 1999, regulador de la acción de tutela también admitió la acción de amparo contra decisiones judiciales, pero la Corte Constitucional rápidamente anuló el artículo 40 que lo consagraba, considerando que violaba el derecho a la cosa juzgada de las decisiones judiciales definitivas⁵⁴. Sin embargo, posteriormente, la tutela fue admitida contra decisiones judiciales fundamentándose en el control de la vía de hecho judicial como instrumento para enfrentar y someter la arbitrariedad judicial⁵⁵.

3. En relación con la decisión de la Corte Suprema de la República Dominicana, adicionalmente decidió que incluso en ausencia de reglas de procedimiento respecto del trámite del recurso de amparo, contrariamente a lo que sucedía con el recurso habeas corpus que en cambio sí disponía de una regulación legal que establecía el juez competente y el procedimiento respectivo; tratándose el amparo de un medio judicial simple, rápido y efectivo para la protección de todos los otros derechos constitucionales distintos a los protegidos mediante el habeas corpus, ningún juez podría rechazar su admisión aduciendo la ausencia de regulación legal. A tales efectos, la Corte Suprema, conforme se establece en el artículo 29,2 de la Ley Orgánica Judicial, y a los efectos de evitar la confusión que podría ocasionar la ausencia de reglas de procedimiento, invocó su potestad de establecerlas, resolviendo en definitiva:

Declarar que el recurso de amparo previsto en el artículo 25,1 de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José, Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, es una institución de derecho positivo dominicano, por haber sido adoptada y aprobada por el Congreso Nacional, mediante Resolución n° 739 del 25 de diciembre de 1977, de conformidad con el artículo 3, de la Constitución de la República⁵⁶.

Como consecuencia, la Corte Suprema pasó a resolver los problemas prácticos que podría originar la aceptación del amparo, estableciendo las reglas de procedimiento, así: primero, determinando que la competencia para conocer en materia de amparo corresponde a los tribunales de primera instancia en el lugar donde se haya producido la acción u omisión cuestionada; y segundo, estableciendo las reglas de procedimiento, en sentido similar a las dispuestas en los artículos 101 y siguientes de la ley n° 834 de 1978, agregando algunas referencias respecto de los plazos para intentar la acción ante los tribunales, de la audiencia que debe tener lugar para decidir, de los plazos para decidir y del lapso de apelación.

54 Sentencia C.543 de 24 septiembre de 1992. *V.* en Manuel José Cepeda Espinosa, *Derecho Constitucional Jurisprudencia*, Legis, Bogotá 2001, p. 1009 y ss.

55 Sentencia T-213 de 13 de mayo de 1994. *Idem.*, p. 1022 y ss.

56 *Idem.* p. 333.

La Corte Suprema, finalmente, a los efectos de evitar los abusos que podría producir la admisión del amparo, recordó que dicho recurso no debía entenderse como la introducción de una tercera instancia en los procesos judiciales⁵⁷.

Esta sentencia de la Corte Suprema de la República Dominicana, adoptada en ausencia de regulaciones constitucionales y legales sobre la acción de amparo, admitiendo este medio judicial de protección de los derechos humanos de acuerdo con lo establecido en la Convención Americana de derechos Humanos, sin duda, es una de las más importantes sentencias de dicha Corte en la materia, no sólo en relación con la admisibilidad de la acción de amparo⁵⁸, sino en cuanto a la aplicabilidad directa en el orden interno de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos.

IV. LA APLICACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNO DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN VIRTUD DE REGLAS CONSTITUCIONALES DE INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS

En los supuestos anteriormente analizados, nos hemos referido a la aplicación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en el orden interno como consecuencia del otorgamiento a los mismos, en las Constituciones, de un determinado rango supra constitucional, constitucional, supra legal o legal en relación con la Constitución y las leyes.

Sin embargo, en ausencia de tales previsiones constitucionales, los tratados y convenciones internacionales pueden también adquirir rango constitucional y aplicarse directamente en los Estados en virtud de diferentes reglas de interpretación constitucional.

En otras palabras, los derechos declarados en los tratados internacionales también pueden considerarse derechos constitucionales en virtud de otras técnicas o regulaciones establecidas en las propias Constituciones, como las siguientes: en primer lugar, mediante la previsión expresa de que la interpretación de los derechos declarados en la Constitución, deben interpretarse de acuerdo con lo establecido en los instrumentos internacionales; en segundo lugar, mediante la incorporación en los preámbulos o declaraciones generales de las Constituciones de referencias a las declaraciones universales de derechos humanos; y en tercer lugar, mediante la regulación del principio de la progresividad en la interpretación de los derechos humanos.

57 *V. en Iudicum et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n° 7, Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 2000 p. 329 y ss. *V. los comentarios a dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carías, "La admisión jurisprudencial de la acción de amparo en ausencia de regulación constitucional o legal en la República Dominicana", idem, pp. 334 ff.*

58 *Idem*, p. 334 ff.

1. La interpretación de los derechos constitucionales de acuerdo con los instrumentos internacionales

En primer lugar, algunas Constituciones expresamente disponen como principio, que la interpretación de sus normas relativas a derechos humanos debe hacerse atendiendo a lo establecido en los instrumentos internacionales sobre la materia. Esta es la técnica seguida por la Constitución de España, en cuyo artículo 10,2 se dispone que:

Artículo 10,2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España

En sentido similar, la Constitución de Portugal dispone lo siguiente:

Artículo 16,2. Las previsiones de la Constitución y de las leyes relativas a derechos fundamentales deben ser leídas e interpretadas en armonía con la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Esta norma interpretativa sobre derechos humanos inserta en estas dos Constituciones, sin duda influyó en la redacción de la Constitución de Colombia de 1991, cuyo artículo 93 dispone que “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

De acuerdo con esta previsión constitucional, los órganos del Estado y no solo los tribunales, están obligados a interpretar las regulaciones constitucionales sobre derechos humanos de conformidad con lo dispuesto en los tratados internacionales sobre la materia; siendo el resultado de ello, tanto el reconocimiento de los derechos declarados en dichos tratados como teniendo igual rango y valor constitucional que los derechos declarados en la Constitución misma como su aplicabilidad directa en el ámbito interno, ya que aquellos son los que deben guiar la interpretación de estos.

Esta técnica interpretativa, en todo caso, ha sido utilizada frecuentemente por los tribunales en Colombia al interpretar el ámbito y extensión de los derechos constitucionales, como fue el caso de la sentencia de la Corte Constitucional de 22 de febrero de 1996, dictada con motivo de decidir la impugnación por inconstitucionalidad de la ley destinada a regular las transmisiones de televisión, que el impugnante consideró contraria al derecho constitucional a informar. La Corte Constitucional, en la sentencia, comenzó su argumento señalando que:

La validez interna de una norma consagrada por el legislador no solamente está supeditada a la adecuación de su preceptiva a los postulados y mandatos constitucionales, sino que también depende del acatamiento de los compromisos internacionales de Colombia, pactados en tratados públicos aprobados por el Congreso y ratificados por el Jefe del Estado de acuerdo con la Constitución (artículos 9; 159 numeral 16; 189, numeral 2 y 226).

La conformidad de la legislación interna con los tratados internacionales y con las obligaciones contraídas por el Estado colombiano con otros Estados o con entidades supranacionales es exigida con mayor rigor por la Constitución Política cuando se trata de la aplicación y el ejercicio de los derechos fundamentales, según resulta con nitidez meridiana del artículo 93 de la carta Política, a cuyo tenor los tratados y convenios internacionales que hubiere aprobado el Congreso y ratificado el Ejecutivo, mediante los cuales se reconocen los derechos humanos y en los que se prohíbe su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

La norma constitucional declara sin rodeos que los derechos y deberes consagrados en el Estatuto Fundamental se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia⁵⁹

Con fundamento en lo anterior, la Corte Constitucional luego pasó a referirse a la libertad de expresión del pensamiento y al derecho constitucional a informar de acuerdo con lo establecido en el artículo 19,2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 13,2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, particularmente en relación con la universalidad del ejercicio de tales derechos, “sin consideraciones de fronteras”; concluyendo que:

Prohibir que en el territorio nacional se instalen o pongan en funcionamiento estaciones terrenas destinadas a la captación y posterior difusión, transmisión o distribución de señales de satélites, bien que su procedencia sea nacional o internacional, implicaría flagrante vulneración del derecho a la información, que cobija a toda persona en los términos del artículo 20 de la Constitución⁶⁰.

2. Las referencias constitucionales generales a las declaraciones universales de derechos humanos

Una segunda técnica interpretativa que conduce a la aplicación de los tratados internacionales en el orden interno, adquiriendo además rango constitucional, resulta de las declaraciones generales contenidas en los Preámbulos de los textos constitucionales en los cuales se hace referencia a las declaraciones internacionales de derechos humanos o a los derechos humanos como valor universal.

En esta forma, muchos de los Preámbulos de las Constituciones dictadas después de la Segunda Guerra Mundial, hacen referencia a los derechos humanos y en particular a las declaraciones internacionales, como valores fundamentales de la sociedad. El ejemplo más clásico es el de la Constitución francesa de 1958 en la cual, sin que en su texto se haya incorporado una declaración de derechos humanos, se establece la siguiente declaración general contenida en el Preámbulo:

El Pueblo Francés proclama solemnemente su dedicación a los Derechos del Hombre y a los principios de soberanía nacional definidos en la Declaración de 1789, reafirmados y complementados en el Preámbulo de la Constitución de 1946.

Con fundamento en esta declaración, el Consejo Constitucional francés ha extendido el bloque de la constitucionalidad⁶¹, atribuyendo rango y valor constitucional a los derechos humanos consagrados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁶². Como lo dijo el profesor Rivero, ello contribuyó a que “de un sople, la Declaración de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, hayan sido integrados en la Constitución francesa, incluso si el Constituyente no lo quiso. La Cons-

59 V. en *Iudicum et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, n° 5, Instituto Interamericano de Derechos “Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 1997 pp. 34-35.

60 *Idem*, p. 37.

61 V. L. Favoreu, “Le principe de constitutionalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel”, en *Recueil d'études en l'honneur de Charles Eisenmann*, Paris 1977, p. 33.

62 V. Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, 1989.

titución francesa, así, doblo su volumen con la sola voluntad del Consejo Constitucional”⁶³.

En América Latina, muchas Constituciones también contienen declaraciones generales en las cuales se definen los propósitos de la organización política y de la sanción de la propia Constitución, estableciendo una orientación general para la actuación de los órganos del Estado en relación con el respeto y garantía de los derechos humanos. Por ejemplo, la Constitución de Venezuela declara que dicho texto se ha sancionado con el fin de que se “asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna”, promoviendo “la garantía universal e indivisible de los derechos humanos”.

La Constitución de Guatemala, por su parte, también expresa en su Preámbulo que dicho texto se ha dictado “afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social” y “decididos a impulsar la plena vigencia de los Derechos Humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al derecho”.

Siendo en estos casos, el objetivo general de las Constituciones, el garantizar, promover e impulsar el efectivo goce y ejercicio de los derechos humanos referidos en el contexto universal, los derechos incorporados en las declaraciones y tratados internacionales, pueden ser considerados o interpretados como teniendo el mismo rango y valor de los que se han incorporado en el texto de las propias declaraciones constitucionales.

Otras Constituciones contienen declaraciones de principios similares, aún cuando no en los preámbulos, sino en el propio texto constitucional, al regularse aspectos específicos del funcionamiento de los órganos del Estado, imponiéndoseles como obligación, por ejemplo, el garantizar efectivamente el derecho de todas las personas para el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales.

En estos casos, al establecerse como obligación estatal el necesario respeto a los derechos humanos o el garantizar que puedan ser efectivamente ejercidos, ello se ha interpretado como un reconocimiento del valor universal de los derechos, y su rango constitucional, aún cuando no estén en el texto constitucional.

Es el caso de la Constitución de Chile, en la cual, en la reforma de 1989, se incorporó una declaración general en la cual se reconoció que el ejercicio de la soberanía está limitado por “el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, prescribiendo además, como un “deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (art. 5). En consecuencia, si es un deber de los órganos del Estado el respetar y promover los derechos humanos que están garantizados en los tratados internacionales, dichos derechos adquieren igual rango y valor constitucional que el de los derechos constitucionales enumerados en el texto fundamental. Incluso la referencia constitucional a los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” permite y exige que no solo los declarados en el texto constitucional tengan el carácter de derechos

63 V. J. Rivero, “Rapport de Synthèse” en L. Favoreu (ed.), *Cours constitutionnelles européennes et droit fondamentaux*, Aix-en-Provence 1982, p. 520.

constitucionales, sino los enumerados en los tratados internacionales, e incluso, por ejemplo, que también tengan tal carácter aquellos no enumerados en texto expreso pero que sean esenciales a la naturaleza humana.

La Constitución de Ecuador también prescribe en su artículo 16, en la misma orientación, que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”, garantizando el Estado “a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes”; obligándose el Estado, además, a adoptar “mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos” (Art. 17).

En consecuencia, en estos casos, las obligaciones del Estado se refieren no solo a garantizar el ejercicio de los derechos enumerados en la Constitución, sino en los instrumentos internacionales, los cuales por tanto puede considerarse que adquieren el mismo rango y valor que aquellos.

En este sentido, también debe hacerse especial referencia a la Constitución de Nicaragua, en la cual se incorporó una declaración general en el artículo 46, conforme a la cual, en el territorio nacional, toda persona goza no solo “de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos” sino además, de la protección del Estado respecto “de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos”.

En este caso, la referencia constitucional a ciertos tratados internacionales de derechos humanos, dada la dinámica internacional en la materia, debe entenderse como una enumeración no restrictiva, particularmente por la referencia previa a los derechos inherentes a la persona humana.

Ahora bien, con fundamento en este artículo 46 de la Constitución de Nicaragua, y alegándose la violación de derechos consagrados en tratados internacionales, por tanto, se han impugnado leyes por inconstitucionalidad, como fue el caso de la Ley General sobre los medios de la Comunicación Social (Ley. nº 57) de 1989. En una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua de fecha 22 de agosto de 1989, si bien la Corte declaró sin lugar el amparo por inconstitucionalidad que se había intentado, consideró extensivamente las violaciones denunciadas no sólo respecto de artículos constitucionales como el artículo 46, sino a través del mismo, de normas de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana de Derechos Humanos⁶⁴.

64 V. el texto de la sentencia en *Iudicum et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, nº 5, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 1997, pp. 128-140. V. los comentarios de Antonio Cançado Trindade, “Libertad de expresión y derecho a la información en los planos internacional y nacional”, *Idem*, p. 194.

Finalmente, también debe hacerse mención a la Constitución de Brasil, en la cual se proclamó que el Estado en sus relaciones internacionales se rige por el principio de la prevalencia de los derechos humanos (Artículo 4, III); y se indicó que como el Estado es un Estado democrático de derecho, tiene como uno de sus fundamentos la dignidad de la persona humana (Artículo I, III). En relación con los derechos humanos, en particular, el artículo 5,2 de la Constitución dispone que “los derechos y garantías establecidos en esta Constitución no excluye otros que pueden resultar del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte”(Art. 5,2).

Este artículo también se ha interpretado, en la misma línea general de las otras Constituciones latinoamericanas, como un mecanismo para reconocer en el orden interno, el rango y valor de los derechos humanos declarados en los instrumentos internacionales, que por ello, pueden tener aplicación directa por los tribunales⁶⁵.

3. La interpretación de los derechos humanos conforme al principio de la progresividad

Por ultimo, también debe hacerse mención al principio de la progresividad como mecanismo de interpretación de los derechos humanos, mediante el cual, como cuestión de principio no se puede admitir que la interpretación o aplicación de una norma relativa a los derechos humanos resulte en una disminución del goce, ejercicio y protección efectivos de los mismos; y además, que en caso de que existan varias previsiones reguladoras de derechos, la que debe aplicarse con prelación es la que disponga la regulación más favorable⁶⁶. Tal como lo había resuelto la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, “el principio jurídico de progresividad envuelve la necesidad de aplicar con preferencia la norma más favorable a los derechos humanos, sea de Derecho Constitucional, de Derecho Internacional o de derecho ordinario”⁶⁷. En consecuencia, la interpretación de las leyes relativas a derechos humanos siempre debe guiarse por el principio de progresividad, en el sentido de que siempre debe resultar una interpretación más protectora en relación con los mismos.

El principio de la progresividad, por otra parte, se incorporó expresamente en el texto constitucional de Venezuela 1999, en cuyo artículo 19 se dispone que el Estado garantiza a toda persona “el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos... conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna”.

65 Antonio Cançado Trindade ha considerado que con estas normas, la Constitución de Brasil le otorga a los tratados de derechos humanos, naturaleza constitucional, inmediatamente exigibles en el derecho interno. *V.*, *Direito internacional e direito interno: Sua Interacão dos direitos humanos*, San José, 1996 citado por Humberto Henderson, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”, en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, n° 39, San José 2004, p. 78, nota 12.

66 *V.* Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ed. Civitas, Madrid, 1987

67 Sentencia de 30-07-1996, en *Revista de Derecho Público*, n° 67-68, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, p. 170

Ahora bien, en relación con este principio de progresividad, en particular en cuanto su implicancia respecto de la aplicación preferente de las norma que contengan regulaciones más favorables al ejercicio del derecho (*favor libertatis*), en una importante sentencia de amparo dictada por la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela de 3 de diciembre de 1990, dicho Supremo Tribunal lo aplicó al referirse a los derechos de la mujer embarazada.

En efecto, el caso se trató de una funcionaria pública que durante su embarazo, fue despedida de su cargo sin causa justificada. Para la fecha, la Ley del Trabajo no establecía derecho alguno de la mujer embarazada a no ser despedida de su cargo sin causa justificada, lo que sin embargo si estaba regulado en el Convenio n° 103 de la Organización Internacional del Trabajo y en la Convención Americana de Derechos Humanos en la que se prevé la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer.

En cuanto a la normativa constitucional, el artículo 74 de la Constitución de 1961 solo contenía una previsión general relativa al derecho de protección de la maternidad.

La Corte Suprema, sin embargo, en el caso concreto, después de analizar la protección solicitada por la funcionaria despedida, que le impedía gozar de su derecho al descanso pre y post natal, declaró con lugar la acción de amparo que había sido intentada, resolviendo que:

El derecho a la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada y el derecho a disfrutar del descanso pre y post natal constituyen derechos inherentes a la persona humana los cuales se constitucionalizan de conformidad con el artículo 50 de nuestro Texto Fundamental, según el cual “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes de la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

De modo que de toda esta normativa de carácter Supranacional, y en particular el mandato contenido en el artículo 74 de la Constitución, consagra la protección de la maternidad y de la mujer trabajadora, materializando tal protección a través de la consagración de la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada y el derecho a disfrutar del descanso pre y post-natal”.

Con fundamento en tan claras y terminantes disposiciones, esta Corte considera que cualquier intento del patrono o empleador de cercenar el derecho a la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada sin que medie causal de despido por retiro, por razones disciplinarias y al no permitir el disfrute del derecho al descanso pre y post natal, constituye una evidente y flagrante violación al principio constitucional consagrado en los artículos 74 y 93 de la Constitución⁶⁸

En este caso, por tanto, el principio interpretativo de la progresividad condujo a la aplicación directa por los tribunales de las normas internacionales más favorables en materia de derechos humanos.

Otras Constituciones como la de Ecuador, no sólo establecen el principio de que “los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos

68 Caso: *Mariela Morales de Jiménez*. V. en *Revista de Derecho Público*, n° 45, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, pp. 84-85. V. las referencias en la sentencia de 30-07-1996 en *Revista de Derecho Público*, n° 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, p 170.

internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad”, sino que se dispone expresamente a la progresividad como principio de interpretación, al prescribir que “en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia”.

Este principio de la progresividad en la interpretación de los derechos humanos puede decirse que equivale al también denominado principio *pro homine*, el cual ha sido definido como “un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos”; y que implica que en materia de derechos humanos, la interpretación “estará siempre a favor del hombre (*pro homine*)”⁶⁹.

El principio se ha deducido como incorporado en las Constituciones, como las ya mencionadas de Chile y Perú, cuando precisan como fin esencial del Estado el respeto de los derechos humanos, así como era el caso de la Constitución del Perú de 1993, en la cual se disponía que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin de la sociedad y del Estado”(art. 1); y es el caso de la Constitución de Chile en la cual se dispone como “deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (art. 5)⁷⁰.

Como lo ha precisado Henderson, el principio *pro homine* tiene varias formas de aplicación, entre las que se destacan: en primer lugar, en los casos en los cuales está en juego la aplicación de varias normas relativas a derechos humanos, debe aplicarse aquella que contenga protecciones mejores o más favorables para el individuo; en segundo lugar, en casos en los cuales se está en presencia de una sucesión de normas, debe entenderse que la norma posterior no deroga la anterior si esta consagra protecciones mejores o mayores que deben conservarse para las personas; y en tercer lugar, cuando se trate de la aplicación de una norma, debe siempre interpretarse en la forma que mejor tutele a la persona⁷¹.

Por último, en relación con el principio de la progresividad en materia de derechos humanos, también debe hacerse mención a su incorporación en la Convención Americana de Derechos Humanos, al disponerse en su artículo 29, las siguientes normas sobre interpretación, de manera que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de:

69 V. Mónica Pinto, “El principio *pro homine*. Criterio hermenéutico y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos Humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 1997, p. 163. V. además, Humberto Henderson, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, n° 39, San José 2004, p. 92.

70 V. Iván Bazán Chacón, “Aplicación del derecho internacional en la judicialización de violaciones de derechos humanos” en *Para hacer justicia. Reflexiones en torno a la judicialización de casos de violaciones de derechos humanos*, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Lima, 2004, p. 27; Humberto Henderson, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, n° 39, San José 2004, p.89, nota 27.

71 V. Humberto Henderson, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, n° 39, San José 2004, pp. 92-96.

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

CAPÍTULO II
SOBRE CONSTITUCIONALISMO Y
AUTORITARISMO

§2. EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y LOS NUEVOS AUTORITARISMOS CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA LATINA: EL CASO DE VENEZUELA*

(Curitiba, Brasil, noviembre 2006)

I. LAS EXIGENCIAS DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO: LA SEPARACIÓN DE PODERES Y LA DEMOCRACIA

En estos primeros años del Siglo XXI, América Latina está comenzando a observar la aparición de un nuevo modelo de Estado autoritario que no tiene su origen inmediato en un golpe de Estado militar, como ocurrió en el transcurso de las décadas del Siglo pasado, sino en elecciones populares.

Se trata de un autoritarismo con apoyo popular, como fueron todos los del Siglo pasado, y además con origen electoral. Ni uno ni otro modelo autoritario es democrático, ni puede considerarse como un Estado de derecho, pues carece de los componentes esenciales de la democracia, que son mucho más que la sola elección popular de los gobernantes.

En efecto, la democracia como régimen político sólo puede funcionar en un sistema constitucional de Estado de derecho en el cual se tome efectivamente en cuenta con todas sus consecuencias políticas, la clásica y clara advertencia que décadas antes de la Revolución francesa había legado al mundo, Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu:

Es una experiencia eterna -decía- que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él; y lo hace hasta que encuentra límites... Para que no se pueda abusar del poder es necesario que por la disposición de las cosas, el poder limite al poder⁷².

Décadas después, además, este postulado sobre la división del poder público, como legado de las Revoluciones Norteamericana y Francesa⁷³, comenzó a ser una premisa ineludible de la democracia como régimen político.

En efecto, si bien la democracia es esencialmente un sistema político que tiene por objeto asegurar el gobierno del pueblo, titular de la soberanía, sea en forma indirecta a través de representantes electos, o bien mediante instrumentos para su ejercicio

* Ponencia elaborada para el *IX Congreso Ibero-Americano de Direito Constitucional e VII Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, Associação Brasileira dos Constitucionalistas Demócratas, Seção Brasileira do Instituto Ibero-Americano de Direito Constitucional, Academia Brasileira de Direito Constitucional, 11-15 de noviembre 2006, Curitiba, Paraná, Brasil. Para la redacción de este documento hemos partido de lo que expusimos en nuestro trabajo: "Los problemas de la gobernabilidad democrática en Venezuela: el autoritarismo constitucional y la concentración y centralización del poder", en *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, pp. 73-96.

72 *De l'Esprit des Lois* (ed. G. Tunc), Paris 1949, Vol. I, Libro XI, Cáp. IV, pp.162-163.

73 V. Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992.

directo; para que ello pueda ocurrir, tiene que estar montada sobre un sistema político constitucional que, en todo caso y por sobretodo, impida el abuso de quienes ejercen el poder estatal, pues este control del poder estatal es justamente la esencia del Estado de derecho.

Es decir, para que pueda existir y funcionar efectivamente la democracia, la misma requiere de un marco constitucional que establezca y permita el control del poder, que es su límite esencial, y donde el poder, mediante su división y distribución, pueda frenar al poder, de manera que los diversos poderes del Estado puedan limitarse mutuamente, como garantía esencial de todos los valores de la propia democracia, que además del respeto a la voluntad popular, es la vigencia de los derechos humanos, el pluralismo político, la alternabilidad republicana y el sometimiento del Estado al derecho.

Precisamente por ello, en la *Carta Democrática Interamericana* adoptada en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en Lima, el 11 de septiembre de 2001, se enumeraron en su artículo 3, como *elementos esenciales de la democracia representativa*, además del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; del acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; de la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo; y del régimen plural de partidos y organizaciones políticas; la necesaria existencia -dice- de “la separación e independencia de los poderes públicos”.

Además, la misma *Carta Interamericana* definió en su artículo 4º, como componentes fundamentales del ejercicio de la democracia, la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, y el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. Además, se declaró que son igualmente fundamentales para la democracia la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad. La democracia, por tanto, es mucho más que las solas elecciones y votaciones.

Entre todos esos elementos y componentes esenciales de la democracia, el que se refiere a la separación e independencia de los Poderes Públicos es el que se configura en uno de los pilares fundamentales del Estado de derecho, para que incluso, los otros factores de la democracia puedan ser una realidad política⁷⁴.

En América Latina, en una forma u otra, con todos los altos y bajos de efectividad en la consolidación del estado de derecho, en los periodos democráticos que nuestros países han tenido siempre ha habido instituciones que buscan asegurar el respeto a los derechos humanos, la sujeción del poder al derecho, elecciones más o menos regulares y libres y un régimen plural de partidos.

Pero si nuestras democracias no terminan de arraigar, y el Estado de Derecho no termina por apoderarse de nuestras instituciones políticas, es porque nos ha faltado implantar efectivamente el último de los elementos mencionados sobre la democra-

74 V. sobre la Carta Democrática Interamericana y la crisis de la democracia en Venezuela, 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. 137 y ss.

cia y el más clásico de todos, que es el referido a la efectiva “separación e independencia de los poderes”; es decir, al orden constitucional que debe existir en toda democracia, lo que le da sentido al Estado de derecho, para controlar y limitar el poder, y que en particular, puede permitir una efectiva representación política; la posibilidad real de participación política del ciudadano, un gobierno transparente y responsable, y la vigencia efectiva del imperio de la ley.

En cambio, sin control del poder no sólo no hay ni puede haber real democracia ni efectivo Estado de derecho, sino que no se puede lograr la efectiva vigencia de todos los otros antes mencionados factores esenciales de la democracia, pues sólo controlando al Poder es que puede haber elecciones completamente libres y justas, es decir, representatividad efectiva; sólo controlando al poder es que puede haber pluralismo político; sólo controlando al Poder es que puede haber efectiva participación democrática; sólo controlando al Poder es que puede asegurarse una efectiva transparencia en el ejercicio del gobierno, con exigencia de la rendición de cuentas por parte de los gobernantes; sólo controlando el Poder es que se puede asegurar un gobierno sometido a la Constitución y a las leyes, es decir, un Estado de derecho; sólo controlando el Poder es que puede haber un efectivo acceso a la justicia, y un poder judicial con autonomía e independencia; y por último, sólo controlando al Poder es que puede haber real y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos.

Al contrario demasiada concentración y centralización del poder, como ocurre en cualquier gobierno autoritario, así tenga origen electoral, si no hay controles efectivos sobre los gobernantes, y peor aún, si estos tienen o creen tener apoyo popular, inevitablemente conduce a la corta o a la larga a la tiranía. Y esa fue la historia de la humanidad durante la primera mitad del Siglo pasado, que nos mostró precisamente a tiranos que usaron el voto de la mayoría para acceder al poder y desde allí aplicaron el autoritarismo para acabar con la propia democracia y con todos sus elementos, comenzando por el propio respeto a los derechos humanos.

Desde los inicios del constitucionalismo moderno, además, el principio de la separación de poderes quedó plasmado en la misma Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuando 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).

Sin embargo, a pesar de las dos centurias transcurridas, y particularmente en las últimas cinco décadas por los avances en la democracia, tanto el principio de la división o separación orgánica de poderes como manifestación de la distribución horizontal del Poder, como el principio de la distribución territorial o vertical del poder como signo de la descentralización política, han sido y continúan siendo los signos más arraigados, y no necesariamente desarrollados en la práctica, del constitucionalismo contemporáneo para garantizar la libertad, el gobierno democrático y el Estado de derecho.

Si en la Venezuela contemporánea, por ejemplo, en estos primeros años del Siglo XXI, se ha arraigado un gobierno autoritario, ello tiene su origen precisamente en la forma como se deformó el principio de la separación de poderes en la Constitución de 1999, de manera tal que en cuanto a la separación orgánica de poderes, se ha permitido la concentración del poder en manos del Poder Ejecutivo en relación con la Asamblea Nacional, y, en relación con los otros Poderes Públicos; y en cuanto al sistema federal de distribución territorial del Poder, al contrario del proclamado

“Estado federal descentralizado” (art. 4, Constitución), se ha acentuado una “federación centralizada”, lo cual se ha agravado por la eliminación del Senado como instrumento para garantizar la participación igualitaria de los Estados en la elaboración y control de las políticas nacionales. Así, a partir del año 2000, Venezuela, por tanto, pasó a ser un raro ejemplo de una federación sin Cámara federal, igual como sucede en las pocas federaciones existentes en Estados con territorios minúsculos.

En la Constitución Venezolana de 1999, en efecto, si nos atenemos a las palabras del texto, supuestamente se habría regulado un sistema de gobierno democrático “participativo y protagónico” montado sobre los principios de la separación orgánica de poderes y de la distribución territorial del Poder Público mediante una Federación descentralizada.

Sin embargo, en realidad y al contrario, utilizando una palabrería engañosa, lo que se diseñó fue un sistema de gobierno estructurado sobre la base de la concentración del poder público y de la centralización política del Estado, lo que afecta los otros elementos esenciales de la democracia, conduciendo a la propia negación del Estado de derecho.

Por ello, hemos considerado oportuno en esta Ponencia para el *IX Congreso Ibero-Americano de Derecho Constitucional y el VII Simpósio Nacional de Derecho Constitucional* de Curitiba (noviembre 2006), hacer algunas reflexiones sobre el tema del Estado democrático de derecho y los nuevos autoritarismos constitucionales en América Latina, en referencia al caso de Venezuela, que tanta importancia tiene frente a lo que debería ser un Estado democrático de derecho, montado sobre la separación de poderes y la descentralización política.

En el caso de Venezuela, en cambio, lo que se ha desarrollado en los últimos años es un Estado signado, al contrario, por una parte, por el principio de la concentración del poder y el autoritarismo constitucional; y por la otra, por la centralización política y la ausencia efectiva de participación democrática.

II. LA CONCENTRACIÓN DEL PODER Y EL AUTORITARISMO CONSTITUCIONAL

El problema de la concentración del poder, semilla del autoritarismo en Venezuela, puede decirse que deriva de la propia Constitución de 1999. Por ello, con motivo de la realización del referendo aprobatorio de la misma celebrado en diciembre de 1999, en un documento que elaboramos para explicar y justificar las razones por las cuales propugnamos el “voto negativo” en dicho referendo, advertimos que si la Constitución se aprobaba, en Venezuela se implantaría:

Un esquema institucional **concebido para el autoritarismo** derivado de la combinación del centralismo del Estado, el presidencialismo exacerbado, la democracia de partidos, la **concentración de poder** en la Asamblea y el militarismo, que constituye el elemento central diseñado para la organización del poder del Estado. En mi opinión -agregaba-, esto no es lo que se requería para el perfeccionamiento de la democracia; la cual al contrario, se debió basar en la descentralización del poder, en un presidencialismo controlado y moderado, en la

participación política para balancear el poder del Estado y en la sujeción de la autoridad militar a la autoridad civil⁷⁵.

Lamentablemente, nuestra advertencia de entonces se ha venido haciendo realidad, y con base en la Constitución de 1999, y a partir de ella, en Venezuela se ha venido instrumentando un supuesto sistema democrático “participativo y protagónico” pero basado en la concentración y centralización del poder, lo cual es una contradicción, con consecuencias demoleadoras para la propia democracia y el Estado de derecho.

Este proceso se inició, por lo demás, con el golpe de Estado perpetrado por la propia Asamblea Nacional Constituyente de 1999, la cual sin autoridad alguna, asaltó y concentró todo el poder del Estado violando la Constitución entonces vigente de 1961, lo que provocó no sólo resultados desastrosos -que muchos fuera y dentro del país no quisieron ver o entender-, sino insólitas secuelas institucionales como la inacabada e inconclusa “transitoriedad constitucional” a que estuvo y en muchos aspectos sigue estando sometido el país⁷⁶; y lo más grave, con la anuencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que fue producto de aquella Asamblea, con lo que se han venido socavando los principios fundamentales del control democrático del poder, de la democracia y del Estado de derecho⁷⁷.

Puede decirse, entonces, que la Constitución que produjo la Asamblea Constituyente de 1999, configuró un *marco institucional autoritario*, que impide el desarrollo de la democracia misma y la consolidación del Estado de derecho. Al contrario de ese marco institucional y de la práctica constitucional que se ha implementado en los últimos años la Constitución que Venezuela requería para estos comienzos del Siglo XXI, era una que asegurara el perfeccionamiento de la democracia mediante el diseño y efectiva implementación del principio de la separación orgánica de poderes, como antídoto efectivo frente al autoritarismo; y ello, incluso, consolidando la separación de poderes más allá de los tres clásicos Poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), haciendo partícipes efectivos del ejercicio del Poder Público con rango constitucional, a los clásicos órganos de control que siempre han existido en nuestros países latinoamericanos, como las Contralorías Generales, el Ministerio Público, los Defensores del Pueblo o de los Derechos Humanos y los órganos electorales.

Pero por más separación orgánica de poderes que la Constitución ha consagrado, incluso con cinco poderes del Estado (Art. 136: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral), para que dicha separación pudiera ser efectiva tenía que haberse consolidado la independencia y la autonomía entre los mismos, de manera

75 Documento de 30 de noviembre de 1999. V. en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, p. 339.

76 V. Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003. pp. 179 y ss.

77 V. por ejemplo, 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 progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004”, en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp.33-174.

de asegurar la limitación y control del poder por el poder mismo. Ello, sin embargo, no se diseñó, y a pesar de la antes mencionada separación en cinco conjuntos de órganos del Estado, en la Constitución de Venezuela se encuentra una absurda distorsión de dicha separación, al otorgarse a la Asamblea Nacional, como órgano político que ejerce el Poder Legislativo y de control, no sólo la potestad de nombrar, sino de *remover* de sus cargos 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 (Art. 265, 279 y 296); y en algunos casos, incluso, por simple mayoría de votos.

No puede hablarse de independencia de los poderes, sobre la cual descansa la propia separación y la posibilidad de control mutuo, cuando la existencia misma de los titulares (no electos democráticamente) de los órganos que ejercen los poderes del Estado se hacen depender de uno de ellos, el cual además es esencialmente de carácter político.

Por ello, el sólo hecho de la previsión en el texto constitucional de tal poder de remoción en manos de la Asamblea Nacional, hace nugatoria la consagración formal de la independencia de los poderes, al tener conciencia sus titulares de que pueden ser removidos cuando efectivamente actúen con independencia⁷⁸.

Lamentablemente ello se ha manifestado en Venezuela, de manera que cuando ha habido signos de autonomía por parte de algunos de los titulares de algunos órganos del Estado, que se han osado a disentir o actuar con arreglo a derecho, han sido removidos de sus cargos. Ello ocurrió con la Defensora del Pueblo, y el Fiscal General de la República originariamente designados por la Asamblea Nacional Constituyente en 1999, quienes por no apegarse a los dictados del poder, en 2000 fueron separados de sus cargos; y con Magistrados del Tribunal Supremo que se atrevieron a votar en sentencias donde se cuestionaba el poder, lo que provocó que inmediatamente comenzaran a ser investigados y algunos de ellos incluso removidos de sus cargos, como ocurrió con el Primer Vicepresidente del Tribunal Supremo en junio de 2004.

En otros casos, la consecuencia que se ha producido por esa “dependencia” fáctica de los órganos de control frente a la Asamblea, ha sido la abstención total en que han incurrido en ejercer el control que la Constitución les atribuye, como es el caso del Contralor General de la República, cuya existencia misma ha sido motivo de conjetura; y de las complacencias del Defensor del Pueblo con el poder, que han provocado que se lo perciba, antes que como defensor de los ciudadanos frente al poder, como el defensor del poder frente a los ciudadanos.

Los efectos de esta dependencia han sido catastróficos en relación con el Poder Judicial, el cual fue intervenido por la Asamblea Nacional Constituyente en 1999, y continúa intervenido con la lamentable anuencia del propio Tribunal Supremo de Justicia, el cual se ha negado a asumir el completo gobierno del Poder Judicial, permitiendo que conviva con él, una Comisión de Reorganización del Poder Judicial con poderes disciplinarios que son contrarios a lo que exige y manda la Constitución; a lo que se suma el control político que la Asamblea Nacional ha asumido

78 V. “Democracia y control del poder”, en Allan R. Brewer-Carías, *Constitución, democracia y control del poder*, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales, Universidad de Los Andes, Mérida 2004.

sobre los Magistrados del Tribunal Supremo, con la siempre “oportuna” advertencia de que pueden ser investigados y removidos⁷⁹.

Debe señalarse, además, que las previsiones constitucionales que se establecieron para asegurar la autonomía de los señalados poderes del Estado mediante mecanismos participativos en la designación de sus titulares, lamentablemente han sido distorsionadas.

La Constitución, en efecto, estableció unos Comités de Postulaciones “integrados por representantes de los diversos sectores de la sociedad” para la selección de los candidatos a Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, a Fiscal General de la República, a Contralor General de la República, a Defensor del Pueblo y a miembros (Rectores) del Consejo Nacional Electoral, mediante previsiones constitucionales que pretendían limitar el poder discrecional que el órgano político-legislativo había tenido siempre, con sus acuerdos político-partidistas, para designar dichos altos funcionarios. Pero ello no se logró, pues la práctica política y legislativa desarrollada por la propia Asamblea Nacional en los últimos años, órgano que era el que constitucionalmente debía ser limitado; en un evidente fraude a la Constitución, provocó que dichos Comités se hayan quedado configurados como unas “Comisiones parlamentarias ampliadas”, integradas además por diputados, que por definición no podían integrarlos por no ser representantes de la “sociedad civil”, y por algunas otras personas llamadas sus “representantes” escogidas por la propia Asamblea Nacional de “Organizaciones no gubernamentales” estratégicamente seleccionadas⁸⁰.

Pero si la primacía de la Asamblea Nacional sobre los Poderes Judicial, Ciudadano y Electoral es el signo más característico de la ejecución de la Constitución en el último lustro, la distorsión de la separación de poderes, la ha ido convirtiendo en un órgano a su vez sujeto a un sistema de concentración del poder en manos del Poder Ejecutivo, el cual desde el punto de vista político-partidista ha adquirido primacía que sobre la propia Asamblea Nacional. Ello, aunado al presidencialismo exacerbado establecido en la Constitución de 1999, caracterizado, entre otros factores, por la extensión del período presidencial a seis años; la permisón de la reelección inmediata del Presidente de la República (art. 230), lo que atenta contra el principio de la alternabilidad republicana al permitir un posible largo período de gobierno de hasta 12 años; lo complicado del referendo revocatorio del mandato (art. 72), lo que lo hace prácticamente inaplicable; y la no adopción del principio de la elección del Presidente por mayoría absoluta y doble vuelta, conservándose la elección por mayoría relativa (art. 228), originando la posibilidad de gobiernos electos con una minoría de votos, lo que puede hacer al sistema ingobernable. Además, se estableció la posibilidad de disolución de la Asamblea Nacional por el propio Presidente de la República (art. 236,22), aún cuando en casos excepcionales cuando se aprueben tres votos de censura parlamentaria contra el Vicepresidente Ejecutivo (art. 240); se eliminó el contrapeso que surgía del antiguo bicameralismo, al desaparecer el Sena-

79 V. Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999-2004)”, en *XXX Jornadas J. M. Domínguez Escovar, sobre Administración de Justicia y Derechos Humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto 2005.

80 V. Allan R. Brewer-Carías, “La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los Poderes Públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Año 5, n° 5-2005, San José, Costa Rica 2005, pp. 76-95.

do; y se regularizó el sistema de las leyes habilitantes o de delegación legislativa a los efectos de emisión de Decretos-Leyes, no sólo en materias económicas y financieras (art. 203), lesionándose la garantía constitucional de la reserva legal en la regulación de los derechos constitucionales⁸¹.

Lo cierto es que la legislación fundamental que se ha producido en los últimos cinco años está contenida en estos decretos leyes dictados, incluso, sin que se hubiera respetado la exigencia constitucional de la consulta pública obligatoria requerida en la Constitución para los proyectos de ley⁸².

La Constitución de 1999, también dentro de sus innovaciones, consagró un acentuado esquema militarista como no se conocía en la última centuria; lo cual si se agrega al presidencialismo como forma de gobierno y a la concentración de poderes en la Asamblea Nacional y el Presidente de la República cuando la controla, lo que muestra es la apertura del autoritarismo como forma de gobierno, lamentablemente instalado en la República. En la Constitución, en efecto se eliminó toda idea de sujeción o subordinación de la autoridad militar a la autoridad civil; dándose, al contrario, una gran autonomía a la autoridad militar y a la Fuerza Armada, con la posibilidad incluso de intervenir sin límites en funciones civiles, bajo la comandancia general del Presidente de la República.

Ello se evidencia, por ejemplo, tanto de la incorporación de algunas regulaciones como de la ausencia de las mismas: Primero, se eliminó la tradicional prohibición que existía en el constitucionalismo histórico respecto del ejercicio simultáneo de la autoridad civil con la autoridad militar; segundo, se eliminó el control civil parlamentario en relación con la promoción de militares de altos rangos, y que había sido diseñado por los hacedores de la República a comienzos del Siglo XIX, siendo en la actualidad una atribución exclusiva de la Fuerza Armada; tercero, se eliminó la norma que establecía el carácter apolítico de la institución militar y su carácter no-deliberante, lo cual abrió el camino para que la Fuerza Armada delibere e intervenga en los asuntos que estén resolviendo los órganos del Estado; cuarto, se eliminó de la Constitución la obligación de la Fuerza Armada de velar por la estabilidad de las instituciones democráticas que antes estaba prevista expresamente; quinto, y más grave aún, se eliminó la obligación de la Fuerza Armada de obedecer la Constitución y leyes, cuya observancia debía estar siempre por encima de cualquier otra obligación, como lo establecía la Constitución anterior; sexto, por vez primera en la historia del país, se le concedió a los militares el derecho al voto, lo cual ha mostrado ser políticamente incompatible con el principio de obediencia; séptimo, la nueva Constitución estableció el privilegio de que el Tribunal Supremo de Justicia debe decidir si hay méritos para juzgar a los militares de alto rango de la Fuerza Armada, lo cual siempre había sido un privilegio procesal reservado a altos funcionarios civiles, como el Presidente de la República; octavo, se sujetó el uso de cualquier tipo de

81 V. Allan R. Brewer-Carías, "Consideraciones sobre la suspensión o restricción de las garantías constitucionales", en *Revista de Derecho Público*, n° 37, EJV, Caracas-1989, pp. 6 y 7. V. igualmente, "La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Opinión Consultiva, OC-6/86) Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *Revista IIDH*; Instituto Interamericano de Derechos Humanos n° 3, San José-1986, pp. 107 ss.

82 V. Allan R. Brewer-Carías "Régimen constitucional de la delegación legislativa e inconstitucionalidad de los Decretos Leyes habilitados dictados en 2001", *Revista Primicia, Informe Especial*. Caracas diciembre 2001.

armas en el país a la autoridad de la Fuerza Armada, control éste que antes estaba atribuido a la administración civil; noveno, se estableció la posibilidad de poder atribuir a la Fuerza Armada funciones de policía administrativa; y finalmente, décimo, se adoptó el concepto de la doctrina de seguridad nacional, definida de forma total, global y omnicomprendensiva, conforme a la cual, como había sido desarrollada en los regímenes militares de América latina en los setenta, casi todo lo que suceda en la Nación concierne a la seguridad del Estado, aun cuando se trate incluso del desarrollo económico y social⁸³.

Todo esto ha dado origen a un esquema militar que es una novedad constitucional y ha venido conduciendo a una situación en la cual la Fuerza Armada se ha apoderado de la administración civil del Estado, como ha venido ocurriendo en el último lustro. Todas estas disposiciones muestran un cuadro constitucional de militarismo verdaderamente único en la historia política y constitucional de América Latina, que no se encuentra ni siquiera en las Constituciones de los anteriores regímenes militares.

Con estos atentados al principio de la separación de poderes, Venezuela, con su nueva Constitución llena de contradicciones constitucionales (una Federación centralizada y sin Senado; un Poder Legislativo y una delegación legislativa ilimitada; y una penta división del Poder con una concentración inusitada del poder en el órgano político representativo), ha constitucionalizado el camino hacia el autoritarismo. La democracia, por tanto, con ese esquema constitucional difícilmente puede ser efectiva, y menos aún el Estado de derecho.

III. LA CENTRALIZACIÓN DEL PODER Y LA AUSENCIA DE EFECTIVA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Pero el nuevo esquema de gobierno autoritario que en los últimos años ha encontrado arraigo en Venezuela, con origen electoral, no sólo ha sido posible por la constitucionalización de un esquema de concentración del Poder del Estado que es contrario a la democracia y al Estado de derecho; sino además, por la distorsión del propio ejercicio de la democracia y de la participación popular, encubierta por un falaz discurso autoritario que pretende sustituir la democracia representativa por una “democracia participativa”, como si se tratara, además, de conceptos dicotómicos, conduciendo en realidad a la propia destrucción de la democracia.

La participación política, es decir, la posibilidad para el ciudadano de participar en la toma de decisiones políticas, sólo es posible cuando el poder está cerca del ciudadano en un sistema estatal de descentralización del poder basado en la multiplicación de las autoridades locales con autonomía política⁸⁴. Al contrario, en un esque-

83 V. sobre el militarismo en la Constitución de 1999, Allan R. Brewer-Carías, “Razones para el Voto NO en el referéndum sobre la Constitución”, (Documento de 30-11-1999), *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, *cit.*, p. 325 y ss.

84 V. nuestras propuestas para el reforzamiento de la descentralización de la federación y el desmantelamiento de su centralización en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 155 y ss.

ma de Federación centralizada como la que consagra la Constitución venezolana de 1999, no sólo la participación política se torna en una ilusión retórica, sino que el sistema se convierte en fácil instrumento del autoritarismo⁸⁵.

Por ello, también con motivo de la realización del referendo aprobatorio de la Constitución de 1999, en el mismo documento explicativo de las razones por las cuales en su momento propugnamos el “voto negativo” en dicho referendo, advertíamos que:

La gran reforma del sistema político, necesaria e indispensable para perfeccionar la democracia era desmontar el centralismo de Estado y distribuir el Poder Público en el territorio; única vía para hacer realidad la participación política. La Asamblea Constituyente -agregábamos-, para superar la crisis política, debió diseñar la transformación del Estado, descentralizando el poder y sentar las bases para acercarlo efectivamente al ciudadano. Al no hacerlo, ni transformó el Estado ni dispuso lo necesario para hacer efectiva la participación⁸⁶.

Sin embargo, a pesar del esquema centralizado del poder plasmado en la Constitución, esta utiliza en múltiples veces la palabra participación y además, proclama como valor global a la llamada “democracia participativa”, pero sin permitir una efectiva participación política del ciudadano en la conducción de los asuntos públicos en entidades políticas descentralizadas, más allá del ejercicio del derecho al sufragio y de algunos mecanismos de democracia directa como los referendos y las asambleas de ciudadanos, pero en este último caso, sin que se configuren como instancias del poder del Estado.

En realidad, en el discurso autoritario, la “democracia participativa”, de democracia sólo tiene el nombre, siendo hábilmente utilizado frente a los fracasos políticos que han experimentado muchas de nuestras anquilosadas democracias meramente representativas y de partidos, y en la cuales muchas veces, la expresión se utiliza sin que se sepa efectivamente de qué se trata y generalmente confundiendo indebidamente la democracia participativa con elementos propios de la democracia directa. Pero en la mayoría de los casos se utiliza como engañosa y clara estrategia para acabar con la propia democracia representativa como régimen político, exacerbando la desconfianza en los partidos políticos y en las propias instituciones del Estado con estructuras e instituciones demasiado lejos del ciudadano.

La confusión originada por el clamor que a veces se siente en muchos de nuestros países de América Latina por la participación, la cual además, por esencia es contraria al autoritarismo, obliga a reflexionar sobre la propia democracia para poder situar el concepto de participación política donde le corresponde, que es precisamente en el ámbito local de la descentralización política.

Sin duda, los dos principios fundamentales de la democracia en el mundo contemporáneo siguen siendo la representación y la participación. La primera, la representación si a algo se contrapone es a la democracia directa, por lo que la dicotomía que

85 V. los estudios “La opción entre democracia y autoritarismo (julio 2001)”, pp. 41-59; “Democratización, descentralización política y reforma del Estado (julio-octubre 2001)”, pp. 105-125; y “El Municipio, la descentralización política y la democracia (octubre 2001)”, pp. 127-141, en Allan R. Brewer, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001.

86 Documento de 30 de noviembre de 1999. V. en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, p. 323.

existe en este caso es entre “democracia representativa” o indirecta y “democracia directa”.

La segunda, la participación, a la vez, si a algo se contrapone no es a la representación, sino a la “exclusión” política, de manera que la dicotomía que en este plano surge es entre “democracia participativa” o de inclusión y “democracia de exclusión” o exclusionista. Y esto es precisamente lo que no se tiene claro cuando se habla de democracia participativa, en ciertos casos, queriendo referirse a los mecanismos de democracia directa; y en otros deliberadamente confundiendo los conceptos, para buscar la eliminación o minimización de la representatividad, y establecer una supuesta relación directa entre algún líder mesiánico y el pueblo, a través de los mecanismos institucionales e incluso paralelos a los propios órganos electos del Estado, dispuestos para hacer creer que el ciudadano participa, cuando lo que está es sometido a control por el poder central.

En cuanto a la democracia representativa o democracia indirecta, esta es y seguirá siendo de la esencia de la democracia⁸⁷. Su sustitución es esencialmente imposible si de democracia se trata, sin perjuicio de que afortunadamente se haya venido enriqueciendo en las últimas décadas, precisamente con la introducción en nuestros sistemas políticos de mecanismos de democracia directa que la complementan, pero que jamás podrán sustituirla.

No puede existir en el mundo contemporáneo una democracia que sea sólo refrendaria, plebiscitaria o de cabildos abiertos permanentes; lo que no impide que hoy por hoy, en casi todos los sistemas constitucionales contemporáneos se han incorporado mecanismos de consultas populares y de asambleas de ciudadanos con el objeto de complementar la representatividad. Además, como es el caso de la Constitución de Venezuela, se han regulado todos los tipos imaginable de referendos: consultivos, aprobatorios, decisorios, abrogatorios, autorizatorios y revocatorios; al igual que las iniciativas populares. Ello sin duda ha contribuido a la movilización popular y a la relativa manifestación directa de voluntad del pueblo; pero es claro que esos mecanismos no pueden sustituir a la democracia conducida por representantes electos. El reto en este punto, para contribuir a la consolidación del Estado democrático de derecho, es asegurar que dichos representantes sean realmente representativos de las sociedades y sus comunidades, y sean elegidos en sistemas de sufragio directo, universal y secreto donde impere el pluralismo político, y a través de procesos electorales transparentes que aseguren el acceso al poder con sujeción al Estado de derecho.

Pero sin duda, más interés contemporáneo tiene el segundo principio básico de la democracia, que es el de la participación política, lo que como antes se ha señalado, no es otra cosa que un régimen democrático de inclusión política, donde el ciudadano sea parte de su comunidad organizada con autonomía política, y contribuya a tomar las decisiones que le conciernen. Participar es estar incluido, por lo que la dicotomía en este caso de la participación política es la exclusión política, la cual además conlleva la de orden social y económico. Lamentablemente, sin embargo, como antes hemos apuntado, en la doctrina política democrática con demasiada frecuencia se han confundido los conceptos, y cuando se habla de democracia parti-

87 V. nuestra propuesta sobre la regulación del principio democrático representativo y participativo en la Constitución de 1999 en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, *cit.*, pp. 183 y ss.

participativa se la confunde y se la reduce a los mecanismos de democracia directa, cuando la democracia participativa es mucho más que eso.

Participar, en efecto, en el lenguaje común, es ser parte de..., es pertenecer, incorporarse, contribuir, estar asociado o comprometerse a...; es tener un rol, tomar parte activa, estar envuelto o tener una mano en...; es en fin, asociarse, compartir o tener algo que ver con... La participación, por tanto, en el lenguaje político no es otra cosa que ser parte de una comunidad política que por esencia debe gozar de autonomía, en la cual el individuo tiene un rol específico de carácter activo conforme al cual contribuye a la toma de decisiones, la cual no se puede agotar, por ejemplo, en el sólo ejercicio del derecho al sufragio (que sin duda es una forma mínima de participación); o en ser miembro de sociedades intermedias, aún las de carácter político como los partidos políticos; o en votar en referendos (que es otra forma mínima de participación); o en participar en asambleas de ciudadanos controladas por el poder central⁸⁸.

Participación política democrática, en realidad, es estar incluido en el proceso político y ser parte activa del mismo, sin mediatizaciones; es en fin, poder tener acceso a la toma de decisiones públicas. Y ello, en ninguna sociedad democrática se ha logrado permanentemente con las solas elecciones, votaciones en referendos o consultas populares. Tampoco se logra con manifestaciones así sean multitudinarias, y menos de las que son obedientes y sumisas a un líder. Eso, que no es más que manifestación política, la historia se ha encargado de enseñárnosla en todas sus facetas, incluyendo las propias de los autoritarismos fascistas del siglo pasado, la cual no se puede confundir con participación política.

Para que la democracia sea inclusiva o de inclusión, tiene que permitir al ciudadano poder ser parte efectivamente de su comunidad política autónoma; pues tiene que permitirle desarrollar incluso conciencia de su efectiva pertenencia, es decir, de pertenecer en el orden social y político, por ejemplo, a una comunidad, a un lugar, a una tierra, a un campo, a una comarca, a un pueblo, a una región, a una ciudad, en fin, a un Estado.

Por ello, la democracia participativa no es nada nuevo en la historia política; ha estado siempre, desde los mismos días de las Revoluciones del Siglo XIX en la teoría y práctica política democrática. En todos los países con democracias consolidadas, incluso, está imperceptiblemente arraigada en el nivel más ínfimo de los territorios de los Estados, en los Municipios, en las Comunas; es decir, en la base de la distribución territorial del poder.

El gran tema de la participación política, en todo caso, en democracias con carencia de participación, es determinar dónde y cómo es que se puede realmente participar, y la respuesta apunta a las entidades que sean consecuencia de la descentralización política del poder. De manera que dejando aparte y sin sustituir al sufragio y a los instrumentos de democracia directa, la participación política como democracia de inclusión en la cual el ciudadano pueda tomar parte personalmente en un proceso decisorio, interviniendo en actividades estatales y en función del interés general,

88 V. Allan R. Brewer-Carías, "Democracia Municipal, Descentralización y Desarrollo Local" (*Conferencia Inaugural del XXVI Congreso Iberoamericano de Municipios, Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal, Ayuntamiento de Valladolid*), Valladolid, 13-15 de octubre de 2004), en *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, nº 11, julio-diciembre 2003, INAP, Madrid 2003, pp. 11-34.

sólo puede tener lugar en los estamentos territoriales más reducidos políticamente descentralizados, en el nivel local, comunal o municipal.

Es decir, sólo en los niveles territoriales inferiores de la organización del Estado es que se puede montar una organización participativa que permita la incorporación del ciudadano individual, o en grupos o en comunidades, en la vida pública, y particularmente, en la toma de decisiones públicas generales o de orden administrativo.

De ello resulta que el tema central que tiene que resolverse cuando se habla con propiedad de democracia participativa, es el de la determinación del nivel territorial que se requiere para la participación como cotidianeidad democrática, y la opción más clásica está entre el municipio desparramado en todos los rincones de un Estado, en cada villa, pueblo y caserío, situado bien cerca del ciudadano; o el gran municipio urbano o rural, situado bien lejos del ciudadano, y que en definitiva no sirve para nada.

Lo cierto, en definitiva, es que en la mayoría de los llamados países desarrollados democráticamente predomina la existencia de muchos municipios, y entre ellos, de municipios pequeños⁸⁹. En contraste, en América Latina, el municipio está demasiado lejos del ciudadano⁹⁰. En ambos Continentes los Municipios fueron tributarios de los mismos postulados centrales que derivaron de la Revolución Francesa, pero la enorme diferencia entre ellos fue que en Europa, desde comienzos del siglo XIX el Municipio se ubicó en cuanta aldea, pueblo, villa y ciudad existía, bien cerca del ciudadano; y en cambio, en América Latina, el Municipio colonial que traspasó las batallas de la Independencia, continuó como se lo había creado, ubicado en el nivel

89 Por ejemplo, en Alemania, de sus 16.098 municipios, un 76% tiene menos de 5.000 habitantes; y en España, alrededor del 86% de sus más de 8.056 municipios, tienen menos de 5.000 habitantes, agrupando sólo el 16% de la población, y el 61% tiene menos de 1.000 habitantes. Debe destacarse además, ya que nos encontramos en Valladolid, como un ejemplo de lo que significa para un país tener territorialmente muchos pequeños municipios, el caso precisamente de esta Comunidad de Castilla y León, que alberga algo más de un cuarto del total de los Municipios de España, con 2.248 municipios para 2.484.603 habitantes, de los cuales el 68,5%, es decir, 1.540 municipios tienen menos de 500 habitantes. V. en *Informe sobre el Gobierno Local*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Fundación Carles Pi i Sunyer d'Etudis Autònoms y Locals, Madrid 1992, p. 27

90 En Argentina, para 37 MM de habitantes, hay 1617 municipios con un promedio de población de 22.882 habitantes; en Bolivia, para 8 MM de habitantes, hay 312 municipios con un promedio de población de 25.642 habitantes; en Brasil, para 168 MM de habitantes, hay 5.581 municipios con un promedio de población de 30.102 habitantes; en Chile, para 15 MM de habitantes, hay 340 municipios con un promedio de población de 44.117 habitantes; en Colombia, para 42 MM de habitantes, hay 1.068 municipios con un promedio de población de 39.326 habitantes; en Cuba, para 11 MM de habitantes, hay 169 municipios con un promedio de población de 65.389 habitantes; en Ecuador, para 12 MM de habitantes, hay 1.079 municipios con un promedio de población de 11.121 habitantes; en El Salvador, para 6 MM de habitantes, hay 262 municipios con un promedio de población de 22.900 habitantes; en Guatemala, para 11 MM de habitantes, hay 324 municipios con un promedio de población de 33.950 habitantes; en Honduras, para 6 MM de habitantes, hay 293 municipios con un promedio de población de 20.478 habitantes; en México, para 97 MM de habitantes, hay 2.418 municipios con un promedio de población de 40.116 habitantes; en Nicaragua, para 5 MM de habitantes, hay 143 municipios con un promedio de población de 34.965 habitantes; en Paraguay, para 5 MM de habitantes, hay 212 municipios con un promedio de población de 23.585 habitantes; en Perú, para 25 MM de habitantes, hay 1808 municipios con un promedio de población de 13.827 habitantes; en República Dominicana, para 8 MM de habitantes, hay 90 municipios con un promedio de población de 88.889 habitantes; en Uruguay, para 3 MM de habitantes, hay 19 municipios con un promedio de población de 157.894 habitantes; y en Venezuela, para 24 MM de habitantes, hay 338 municipios con un promedio de población de 71.006 habitantes. V. las referencias en Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 139 y ss

territorial de las antiguas Provincias Coloniales, y en los Cabildos metropolitanos, bien lejos del ciudadano. En los primeros, la participación política es tan cotidiana en las cosas pequeñas que es imperceptible; en los segundos, simplemente no hay participación alguna. Tienen un ámbito territorial tan alto y extraño al ciudadano, que hace que no sirvan para nada, pues ni sirven para gerenciar adecuadamente los intereses locales ni para servir de instancias de participación política de la ciudadanía en la decisión o gestión de sus propios asuntos comunales.

Por tanto, la democracia participativa está real e indisolublemente ligada, no a la democracia directa, sino a la descentralización política y dentro de esta última a la municipalización, y la misma no se puede materializar con solo propuestas de incorporación al régimen democrático de instrumentos como los referendos las consultas o las iniciativas populares y las asambleas de ciudadanos.

La democracia participativa no se agota ni se debe confundir con la democracia directa, como suele suceder en muchos estudios sobre la democracia que propugnan su perfeccionamiento⁹¹.

La participación política como cotidianeidad democrática o como parte de la democracia como forma de vida, sólo puede darse a nivel local. Por ello, la participación política o la democracia participativa están íntimamente unidas al localismo y a la descentralización política, que son las que pueden efectivamente a su vez limitar el poder, lo que es consustancial con la democracia. Por ello, no puede haber y nunca ha habido autoritarismos descentralizados que hayan podido permitir efectivamente la participación política; al contrario, la centralización política del poder es de la esencia de los autoritarismos y contraria a la democracia.

Es decir, la centralización política impide la participación, por lo que esta sólo es posible en sistemas de gobiernos donde el poder esté descentralizado políticamente y cerca del ciudadano; y no hay otra instancia en los Estados para que el ciudadano pueda participar, que no sea el gobierno local; lo demás es falacia y engaño, o mecanismos de democracia directa, que, insistimos, son otra cosa. Por ello es que el tema de la descentralización política, precisamente no tiene tanta notoriedad en los países europeos con democracias desarrolladas y consolidadas, donde la participación es de todos los días, en las pequeñas cosas que pueden tratarse en esos pequeños municipios urbanos y rurales.

De manera que sin temor a equivocarnos podemos afirmar que no sólo sin descentralización política o territorial, es decir, sin que exista una multiplicidad de poderes locales y regionales autónomos políticamente no puede haber participación política, sino que en definitiva no puede haber una democracia participativa. La descentralización es, por tanto, la base de la democracia participativa y a la vez, el impulso de la democratización y control del poder. El centralismo, en cambio es la base de la exclusión política al concentrar el poder en unos pocos electos, y a la vez, el motivo del desprestigio de la democracia representativa por más aditivos de democracia directa o refrendaria que se le implante⁹².

91 V. por ejemplo, en Venezuela, el conjunto de estudios publicados en "Participación Ciudadana y Democracia", *Comisión Presidencial para la Reforma del Estado*, Caracas 1998.

92 Por ello, en la conferencia que dictamos en el *XXV Congreso de la Organización Iberoamericana de Municipios*, en Guadalajara, Jalisco, México, en 2001, decíamos que: "el debate contemporáneo en nuestros países por más democracia, tiene que centrarse en el rescate del proceso de descentralización política. Perfec-

Cuando de democracia se trata, por tanto, no hay que temerle a la descentralización política, pues si algo es cierto es que no hay ni ha habido autocracias descentralizadas.

Por ello solo los autoritarismos temen y rechazan tanto la descentralización política como a la participación democrática, incluyendo los autoritarismos que tradicionalmente han gobernado en América Latina bajo el ropaje del “centralismo democrático” de cualquier cuño que sea, incluso de orden partidista.

No hay que dejarse engañar con los cantos de sirenas autoritarios que no se cansan de hablar de “democracia participativa”, pero no para hacerla posible descentralizando políticamente el poder, sino para acabar con la aún deficiente democracia representativa que nos queda, imposibilitando a la vez la real participación.

En el caso de la democracia venezolana, como antes señalamos, la gran transformación política que debió haberse producido en el proceso constituyente de 1999 para perfeccionar la democracia⁹³, la cual aparentemente había sido su principal motivación, por tanto, era sustituir efectivamente la forma estatal de la Federación Centralizada que se había desarrollado durante el siglo pasado, por una Federación efectivamente descentralizada en dos niveles territoriales, de los Estados y de los Municipios.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos que se hicieron, la reforma no pasó del nominalismo, de las palabras y de las declaraciones. Así, tanto el Preámbulo como el artículo 4 de la Constitución, declaran lo que no es cierto, que “La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado” y, agrega la norma, por supuesto, que ello es así “en los términos consagrados por esta Constitución”; fórmula más o menos similar a la del artículo 2 de la Constitución de 1961 la cual sin embargo, más modestamente se limitaba a declarar que “La República de Venezuela es un Estado federal” lo cual en términos políticos de distribución vertical del poder, tampoco era cierto⁹⁴. Ahora se ha agregado que la Federación supuestamente es

cionar la democracia exige hacerla más participativa y más representativa, para lo cual la única vía posible que existe es acercando el Poder al ciudadano, y ello sólo puede lograrse descentralizando territorialmente el Poder del Estado y llevarlo hasta la más pequeña de las comunidades; es decir, distribuyendo el Poder en el territorio nacional”. Y agregaba además, que “cualquiera que sea la forma de descentralización política, se trata de proyectos y propuestas contrapuestos radicalmente al centralismo de Estado y a la concentración del Poder, que son esencialmente antidemocráticos”. En definitiva, la propuesta política que entonces formulamos, y ahora insistimos en ratificar, “busca el diseño en nuestros países, de un nuevo sistema político que la democracia exige, y que sólo puede tener por objeto hacerla más participativa, con gran presencia de la sociedad civil, y más representativa de las comunidades. Ello implica desparramar el poder en todo el territorio, hasta la última de las comunidades, para que el ciudadano y sus sociedades intermedias puedan realmente participar”. V. la conferencia sobre “El Municipio, la descentralización política y la democracia” en *XXV Congreso Iberoamericano de Municipios*, Guadalajara, Jalisco, México del 23 al 26 de octubre de 2001, Fundación Española de Municipios y Provincias, Madrid 2003, pp. 453 y ss.

93. V. lo que propusimos durante la discusión del Proyecto de Constitución en Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la forma federal del Estado en la nueva Constitución: Nuevo Federalismo y Nuevo Municipalismo” en *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, (8 agosto-8 septiembre), Caracas 1999, pp. 155 a 170); y “El reforzamiento de la forma federal del Estado Venezolano en la Nueva Constitución: Nuevo Federalismo y Nuevo Municipalismo”, Ponencia presentada en *The International Conference on Federalism in an Era of Globalization*, Québec, Canadá octubre 1999 (mimeo), 13 pp.

94. V. Allan R. Brewer-Carías, “Los problemas de la federación centralizada en Venezuela” en *Revista Ius et Praxis*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Lima, n° 12, Perú, diciembre 1988, pp. 49-96; y “Problemas de la Federación centralizada (A propósito de la elección directa de Gobernadores)”, en

“descentralizada” lo cual es contradicho por el propio texto de la Constitución, en cuyo articulado se centralizó aún más al Estado⁹⁵.

En todo caso, “los términos consagrados por la Constitución” son la clave para determinar efectivamente el grado de descentralización política del Estado y por tanto de la Federación; y la comparación entre unos y otros “términos” revela un mayor centralismo en el texto de 1999.

En la Constitución de 1999, en efecto y como antes se dijo, salvo en el nominalismo, no se avanzó mayormente en relación con lo que existía en el texto de 1961, a pesar de la constitucionalización parcial de aspectos que ya se habían establecido en las reformas legislativas de 1989 (Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público). Pero no hubo los avances y transformaciones necesarias para hacer realidad la descentralización de la Federación ni la efectiva municipalización del país. Más bien, en cuanto a la federación, se retrocedió institucionalmente al eliminarse el Senado, y con ello, el principio de igualdad institucional de los Estados, estableciéndose por primera vez en la historia constitucional de Venezuela una Asamblea Nacional unicameral (Art. 186). Además se permitió la posibilidad de establecer limitaciones a la autonomía de los Estados (Art. 162) y de los Municipios (Art. 168) mediante ley nacional, lo que se configura como una negación, del principio de la descentralización política, la cual al contrario tiene que estar basada en el concepto de autonomía territorial garantizada en la propia Constitución. Se estableció además, un precario ámbito de las competencias estatales cuyo ejercicio, además, se sujetó a lo regulado en la legislación nacional; y una centralización tributaria que coloca a los Estados en una dependencia financiera más acentuada. Y en cuanto a los municipios, se incurrió en un excesivo uniformismo organizacional que impide su localización o lugarización cerca del ciudadano.

La declaración sobre “Estado federal descentralizado” que se incorporó en la Constitución de 1999 para identificar la forma del Estado, por tanto, no significó realmente avance alguno, sino más bien un retroceso, al resultar agravados los principios de la Federación Centralizada que se habían consolidado durante el Siglo XIX.

En cuanto al poder municipal, también era necesario acercar las instituciones locales al ciudadano, municipalizándose el territorio, lo cual sin embargo, lamentablemente, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005⁹⁶ no sólo no hizo posible sino que impidió, al establecer limitaciones mayores para la creación de enti-

IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1992, pp. 85-131.

95 V. Allan R. Brewer-Carías, *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva)*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, n° 7, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 2001, 187 pp. V. además, Allan R. Brewer-Carías, “El ‘Estado Federal descentralizado’ y la centralización de la Federación en Venezuela. Situación y Perspectiva de una contradicción constitucional”, en *Revista de Estudios de la Administración Local (REAL)*, 292-293, mayo-diciembre 2003, Madrid 2003, pp. 11-43.

96 V. *Gaceta Oficial* n° 38.204 de 8 de junio de 2005. La Ley Orgánica fue objeto de una reforma en noviembre de 2005, *Gaceta Oficial* n° 38.327 de 2 de diciembre de 2005; y luego en abril de 2006, *Gaceta Oficial* n° 5.806 Extra. de 10 de abril de 2006, reimpresa por error material en *Gaceta Oficial* n° 38.421 de 21 de abril de 2006. V. Allan R. Brewer-Carías et al, *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005.

dades políticas locales. Dicha Ley era, por tanto, la que debía reformarse para establecer entidades municipales o unidades políticas autónomas cerca de las comunidades y establecer la posibilidad de participación en dichas entidades políticas autónomas (descentralizadas).

Pero ello no se hizo así, y al contrario, con base en los elementos de democracia directa que se establecieron en la Constitución, como las “asambleas de ciudadanos cuyas decisiones serán de carácter vinculante” (art. 70), en su lugar, en 2006 se ha dictado la Ley de los Consejos Comunales⁹⁷, que ha establecido un sistema institucional *centralizado* en paralelo al régimen municipal, para la supuesta participación popular, denominado “del Poder Popular”, ignorando la propia existencia del régimen municipal.

En ese sistema centralizado sin que los referidos Consejos tengan autonomía política alguna, se concibe a la “comunidad” fuera del municipio, que en el supuesto “marco constitucional de la democracia participativa y protagónica”, se han pretendido regular como “instancias de participación, articulación e integración entre las diversas organizaciones comunitarias, grupos sociales y los ciudadanos”, pero sin descentralización política alguna.

Es decir, la Ley de los Consejos Comunales de 2006 ha establecido dichas entidades sin relación alguna con los Municipios ni por tanto con la representación democrática, para supuestamente permitir “al pueblo organizado ejercer directamente la gestión de las políticas públicas y proyectos orientados a responder a las necesidades y aspiraciones de las comunidades en la construcción de una sociedad de equidad y justicia social” (art. 2), pero en una organización concebida bajo un esquema jerárquico centralizado (sin autonomía política alguna), totalmente dependiente de una “Comisión Presidencial para el Poder Popular” que preside y dirige el Presidente de la República, con recursos financieros que incluso superan los que corresponden al Poder Municipal, y que funciona en paralelo completamente desvinculado de los Municipios y de sus autoridades electas. En dichos Consejos Comunales, se ubicaron las Asambleas de Ciudadanos como la instancia primaria para el ejercicio del poder, la participación y el protagonismo popular, cuyas decisiones son de carácter vinculante para el consejo comunal respectivo (art. 4,5).

Con esta Ley de los Consejos Comunales, en realidad se ha producido una constitucional desmunicipalización de la participación ciudadana, sustituyéndose al Municipio como la unidad política primaria autónoma en la organización nacional que establece la Constitución y que debe estar inserto en un sistema de descentralización política (distribución vertical) del poder; por un sistema de entidades sin autonomía política alguna, que se denominan del Poder Popular (Consejos Comunales), directamente vinculadas y dependientes, en un esquema centralizado del poder, del más alto nivel del Poder Ejecutivo Nacional, del Presidente de la República mediante una Comisión Presidencial del Poder Popular.

97 V. en *Gaceta Oficial* n° 5.806 *Extraordinaria* del 10 de abril de 2006.

IV. APRECIACIÓN FINAL

Para que exista un Estado democrático de derecho no bastan las declaraciones contenidas en los textos constitucionales que hablen de “democracia participativa y protagónica” o de descentralización del Estado; así como tampoco basta con establecer un sistema eleccionario que permita elegir mediante sufragio a los representantes populares.

Aparte de que el mismo, por supuesto, debe asegurar efectivamente la representatividad, el pluralismo político y el acceso al poder conforme a los postulados del Estado de derecho.

Pero además, para que exista un verdadero Estado democrático de derecho es necesario e indispensable que el marco constitucional en el cual se pretenda que funcione el régimen democrático, permita efectivamente el control efectivo del poder por el poder mismo, incluso por el poder soberano del pueblo, pues ésta es la única forma de garantizar la vigencia del Estado de derecho, la democracia y el ejercicio real de los derechos humanos.

El control del Poder del Estado en un Estado democrático de derecho sólo se puede lograr dividiendo, separando y distribuyendo el Poder Público, sea horizontalmente mediante la garantía de la autonomía e independencia de los diversos poderes del Estado, para evitar la concentración del poder; sea verticalmente, mediante su distribución o desparramamiento en el territorio del Estado, para evitar su centralización, pues la concentración del poder al igual que su centralización, por tanto, son estructuras estatales esencialmente antidemocráticas.

Allí radican, precisamente, los problemas del Estado de derecho y de la democracia en Venezuela, la cual tiene su deformación en el propio texto constitucional de 1999, el en cual lamentablemente se estableció el esquema institucional que ha permitido la concentración del poder, alentando el autoritarismo y eliminando toda forma de control del poder; y que ha permitido la centralización del poder, minimizando el federalismo y el municipalismo y reforzando el mismo autoritarismo, distorsionando la posibilidad de participación política efectiva a pesar de los mecanismos de democracia directa que se recogieron. Es un ejemplo constitucional de autoritarismo constitucional con origen electoral, el cual, sin embargo, constituye la negación de lo que debe ser un Estado democrático de derecho.

§3. EL AUTORITARISMO ESTABLECIDO EN FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN Y A LA DEMOCRACIA, Y SU FORMALIZACIÓN EN VENEZUELA MEDIANTE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

(De cómo en un país democrático se ha utilizado el sistema eleccionario para minar la democracia y establecer un régimen autoritario de supuesta “dictadura de la Democracia” que se pretende regularizar mediante una Reforma Constitucional)*

(Caracas, febrero 2007)

La reforma constitucional anunciada en Venezuela por el Presidente de la República al iniciar su segundo mandato presidencial en enero de 2007, tiene por objeto general la consolidación del régimen de autoritario que se venido conformando en el país desde 1999, inicialmente en fraude a la Constitución, y luego en fraude a la democracia.

Ese contenido y sentido de dicha reforma puede ser identificado, incluso a pesar de que se haya anunciado su carácter confidencial⁹⁸, hecho que en si mismo es contrario al principio de la participación que debe existir en cualquier tipo de reforma constitucional en un país democrático, particularmente si se tiene en cuenta lo que ha ocurrido institucionalmente en Venezuela en los últimos ocho años. En efecto, esa reforma **no va a tener** por objeto el perfeccionar el Estado constitucional de derecho y el régimen democrático, sino que se trata de una reforma que al contrario, apunta a la consolidación de un modelo de Estado autoritario, caracterizado por la definitiva centralización y concentración total del poder, en un sistema donde no caben las autonomías institucionales, en el cual el Estado, además, será constitucionalmente propietario de todos los medios de producción, y al cual también se imbricará formalmente un partido único. En ese Estado, toda forma de democracia representativa de sufragio directo quedará eliminada, sustituyéndose por la elección en segundo y tercer grado de los cargos representativos, que conformaría una supuesta democracia participativa, mediante el establecimiento de una organización piramidal del Poder Popular, que tendrá, en su base, las asambleas de ciudadanos y los consejos comunales, y en la cúspide, el poder presidencial.

En esta forma, se pretende consolidar el Estado autoritario que comenzó a estructurarse desde que ocurrió el asalto al poder que efectuó la Asamblea Nacional Constituyente en 1999, en fraude a la Constitución de entonces; y que con posterioridad se ha seguido conformando en fraude a la propia democracia.

* Estudio elaborado para la publicación que coordina la **Fundación Estudios de Derecho Administrativo**, sobre La Reforma Constitucional (FUNEDA), Caracas 2007.

⁹⁸ La Presidenta de la Asamblea Nacional, quien a su vez es Presidenta del Consejo presidencial para la Reforma Constitucional el 19 de febrero de 2007 señaló que “un **acuerdo de confidencialidad** incluido en el decreto presidencial que constituye el Consejo para la Reforma Constitucional” le impedía informar sobre las materias constitucionales susceptibles de ser modificadas. *V. en El Universal*, Caracas 20-02-2007.

Para entender el proceso actual que inspira la reforma constitucional prometida, es indispensable tratar de tener claro el cuadro institucional de lo que ha ocurrido en el país en los últimos ocho años.

I. EL INICIO DEL PROCESO AUTORITARIO: LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE 1999 Y EL FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN

En efecto, la instalación del régimen autoritario y antidemocrático que actualmente existe en Venezuela y que se ha apoderado de todas las instituciones públicas y privadas del país con el objeto de instaurar un régimen socialista o del Poder Popular, no ha sido el fruto de un súbito golpe de Estado militar, sino de un sistemático proceso de destrucción de la democracia utilizando, fraudulentamente, instrumentos democráticos; proceso que tuvo su origen, a la vez, en un fraude a la Constitución perpetrado en 1999, también precisamente por órganos que habían sido electos democráticamente.

En efecto, en febrero de 1999, Hugo Chávez Frías, quien había sido recién electo Presidente de la República en diciembre de 1998, en medio de la más grave crisis política del país de la segunda mitad del Siglo XX⁹⁹ y, en particular, de los partidos políticos que habían controlado la vida política en las cuatro décadas precedentes¹⁰⁰, actuando como consecuencia de una interpretación forzada de la Constitución de 1961 que había hecho la Corte Suprema de Justicia en enero de ese mismo año 1999, emitida con toda la ambigüedad posible en el filo dilemático entre soberanía popular y supremacía constitucional¹⁰¹; procedió a convocar una Asamblea Constituyente que fue electa en julio de ese mismo año, después de nuevas interpretaciones constitucionales que emitió la misma Corte Suprema que había desatado los demonios constituyentes, tratando vanamente de encausarlos.

Esa Asamblea Constituyente, lejos de dedicarse a la redacción de la nueva Constitución, lo que hizo fue asaltar el poder y violar impunemente la propia Constitución

99 V. Allan R. Brewer-Carías, *Cinco siglos de historia y un país en crisis (Estudio para el Discurso de Orden en la Sesión Solemne de las Academias Nacionales el día 7 de agosto de 1998 con motivo de la celebración del V Centenario de Venezuela)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comisión Presidencial V Centenario de Venezuela, Caracas 1998.

100 V. Allan R. Brewer-Carías, *Problemas del Estado de Partidos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988; *La crisis de las instituciones: responsables y salidas*, Cátedra Pío Tamayo, Centro de Estudios de Historia Actual (mimeografiado) FACES, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1985, publicado también en *Revista del Centro de Estudios Superiores de las Fuerzas Armadas de Cooperación*, n° 11, Caracas 1985, pp. 57-83; y en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 64, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1985, pp. 129-155

101 V. 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, 296 pp.; y "La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción", en *Revista de Derecho Público*, No 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 453 ss

que le había dado origen¹⁰², dando un golpe de Estado constituyente¹⁰³, pero en ese momento con la anuencia y complicidad de la propia Corte Suprema de Justicia que había permitido su nacimiento y que como siempre ocurre en estos casos de complicidades ilegítimas, inexorablemente fue la primera víctima del autoritarismo, pues meses después la Corte y la mayoría de sus magistrados fueron barridos de la escena institucional¹⁰⁴.

La Asamblea Constituyente, instalada a comienzos de agosto de 1999, en efecto, asaltó todos los poderes del Estado que habían sido constituidos meses antes en noviembre de 1998, disolviendo todos aquellos poderes que habían sido electos democráticamente (Congreso Nacional, Gobernadores de Estado, Asambleas Legislativas, Alcaldes, Concejos Municipales), con la sola excepción del Presidente de la República, precisamente el artífice del fraude constitucional; e interviniendo todos los otros poderes públicos no electos, entre ellos, por sobre todos, el Poder Judicial. La autonomía e independencia de éste, ha sido progresiva y sistemáticamente demolida¹⁰⁵, de manera que desde entonces permanece estrechamente controlado por el Poder Ejecutivo, con un Tribunal Supremo de Justicia a su servicio y una flamante Sala Constitucional que ha sido el instrumento más nefasto para la consolidación del autoritarismo en el país¹⁰⁶.

Pero del fraude a la Constitución, se pasó al fraude a la democracia, igualmente cometido por los mismos órganos electos del poder público, comandados por el Presidente de la República. Así como en el proceso constituyente de 1999, utilizándose la interpretación judicial de la Constitución lo que se hizo fue violarla (fraude a la Constitución); en la misma forma, el régimen que se inició con aquél fraude en 1999, en los años sucesivos ha utilizado la democracia representativa para progresivamente eliminarla y supuestamente sustituirla por una democracia participativa del Poder Popular, que de participación y de democracia sólo tiene el nombre (fraude a la democracia).

El Estado democrático constitucional de derecho, por este fraude cometido contra la voluntad popular, en esta forma, mediante la utilización de mecanismos electorales, ha sido y está siendo progresivamente sustituido por un “Estado del Poder Popular”, donde todo el poder está concentrado en el Jefe del Estado, y que, por tanto, ni

102 V. 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.

103 V. Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002,

104 V. el estudio sobre los efectos del régimen transitorio establecido por la Asamblea Constituyente después de la aprobación por referendo popular de la Constitución de 1999, al margen de la misma, en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*. Editorial Arte, Caracas 2000; y *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*, Tomo II, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 1150 ss.

105 V. Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999-2004)”, en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp.33-174.

106 V. Allan R. Brewer-Carías, «Quis Custodiet ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación», en *VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional, Perú*, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, septiembre 2005, pp. 463-489

es democrático, ni es representativo, ni es participativo, y al contrario, está férreamente controlado y dirigido desde el centro y la cúspide del poder político que ejerce el Presidente de la República (como Jefe del Ejecutivo y del partido de gobierno que como se ha dispuesto, será único), el cual previsiblemente se autodenominará “Presidente del Poder Popular”. Ese poder, progresivamente seguirá rechazando toda disidencia, la cual será criminalizada.

Se trata, ni más ni menos, de la instauración de una “dictadura de la democracia”, tal y como lo anunció en enero de 2007, el Vice Presidente de la República¹⁰⁷ en el acto de sanción de la Ley de delegación legislativa (Ley habilitante) a favor del Presidente de la República, mediante la cual se lo autorizó a legislar por decreto, al margen de la Constitución.

En democracia, ninguna dictadura es aceptable, ni siquiera una supuesta “dictadura de la democracia”, como nunca fue aceptable la supuesta y fracasada “dictadura del proletariado” en la antigua Unión Soviética instalada desde 1918 establecida en torno a los “soviets de soldados, trabajadores y campesinos”. Algo similar es lo que noventa años después está ocurriendo en Venezuela con la creación de consejos comunales dependientes del Presidente de la República para canalizar el Poder Popular, para con la supuesta participación del pueblo organizado sustituir todos los órganos democráticos electos por sufragio directo, e instaurar la “dictadura de la democracia”.

Parecería que se quiere ocultar que esas supuestas dictaduras populares, desde el comienzo, han sido y son el instrumento fraudulento de la cúpula que domina el poder, para en nombre del poder popular acabar con todo vestigio de democracia de sufragio directo, e imponerle por la fuerza un régimen socialista a un país, por el cual no ha votado. Ello fracasó en la Unión Soviética y algo debía haberse aprendido de lo que dijo el Presidente de la Federación Rusa en 1998, con ocasión del sepelio de los restos de los Romanov, como expresión de una de las lecciones más amargas de la historia de la humanidad al poner fin al tiempo de la que se creía era la Revolución más definitiva de todas las que había conocido la historia moderna; simplemente dijo: “Que los intentos de cambiar la vida mediante la violencia están condenados al fracaso”¹⁰⁸. Y toda dictadura, cualquiera que sea, es ineludiblemente el resultado del ejercicio de la violencia.

II. EL AUTORITARISMO POPULAR Y EL FRAUDE A LA DEMOCRACIA

Lo cierto es que a comienzos del Siglo XXI, con el caso de Venezuela, América Latina está comenzando a observar la aparición de un nuevo modelo de Estado autoritario supuestamente del Poder Popular, que no tiene su origen inmediato en un golpe de Estado militar como tantas veces ocurrió en el transcurso de las décadas del

107 El Vicepresidente de la República, Jorge Rodríguez, expresó en enero de 2007: “Claro que queremos instaurar una dictadura, la **dictadura de la democracia verdadera** y la democracia es la dictadura de todos, ustedes y nosotros juntos, construyendo un país diferente. Claro que queremos que esta **dictadura de la democracia** se instaure para siempre”, en *El nacional*, Caracas 01-02-2007, p. A-2.

108 V. en *The Daily Telegraph*, Londres, 08-08-98, p. 1.

Siglo pasado, sino en elecciones populares, que le ha dado un traje o ropaje que también es militarista, pero esta vez de camuflaje con pintas “constitucionales” y “electivas”, conformado para la destrucción de la propia democracia representativa de sufragio directo.

Se trata de un autoritarismo militarista con supuesto apoyo popular, como también lo fueron todos los autoritarismos fascistas y comunistas del Siglo pasado, en algunos casos con algún origen electoral. Ni uno ni otro modelo autoritario, por más disfraz constitucional y electivo que puedan tener o haber tenido, son democráticos, ni pueden considerarse como conformando un Estado constitucional de derecho, pues carecen de los componentes esenciales de la democracia, que son bastante más que la sola elección popular o circunstancial de los gobernantes.

En América Latina, después de la experiencia de tantos regímenes antidemocráticos y militaristas que hemos tenido, y de tantos autoritarismos con disfraces democráticos que hemos desarrollado, a comienzos de este Siglo se logró adoptar en el seno de la Organización de Estados Americanos -no sin la disidencia, precisamente, de quien en Venezuela estaba urdiendo el fraude a la democracia¹⁰⁹- una doctrina continental sobre la democracia y lo que esta significa como régimen político, con la aprobación en Lima, el 11 de septiembre de 2001, de la denominada Carta Democrática Interamericana. Es cierto que ese instrumento no es un tratado internacional vinculante, pero es el documento más importante en la materia adoptado como línea de conducta política democrática que, lamentablemente, muchos gobernantes de Estados no quieren volver siquiera a leer.

Esa Carta Democrática, en efecto, entre los elementos esenciales de la democracia representativa que enumera en su artículo 3, que deberían ser el pilar fundamental de la organización y funcionamiento de los Estados constitucionales, además del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; del acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; de la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo; y del régimen plural de partidos y organizaciones políticas; está la necesaria existencia -dice- de “la separación e independencia de los poderes públicos”.

Y han sido precisamente todos esos elementos esenciales de la democracia los que, en los últimos años, lamentablemente han sido ignorados o resquebrajados en Venezuela, precisamente en nombre de una supuesta democracia participativa y de un supuesto Poder Popular donde el pueblo participe directamente.

En Venezuela, en estos últimos años, la realidad ha sido otra distinta a dichos elementos esenciales de la democracia: nunca antes había habido mayor violación a los derechos humanos, y basta, para constatar esta tragedia, sólo contabilizar el número de denuncias que se han formulado contra el Estado venezolano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ello ha sido, en el pasado, y es en el presente, el mejor termómetro para determinar en el Continente el grado de violaciones, por un Estado, de los derechos humanos.

109 El Presidente Chávez, desde la reunión de Jefes de Estado de la OEA en Québec, en abril de 2001, cuestionó la declaración sobre la “democracia representativa” tratando de sustituirla por “democracia participativa”.

Además, el acceso al poder se ha hecho contrariando el Estado de derecho, al violarse la separación e independencia de los poderes judicial, ciudadano y electoral. Todos están controlados por el sindicato establecido entre el Ejecutivo nacional y la Asamblea nacional, por lo que no es posible controlar el acceso al poder conforme a los postulados del Estado de Derecho¹¹⁰. En particular, el Poder Electoral, desde 2003 fue secuestrado con la complicidad de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, por lo que las elecciones que se han efectuado han carecido de justicia, y las últimas reformas políticas efectuadas y propuestas, simplemente apuntan a la sustitución de la representatividad electoral de sufragio directo por supuestas agrupaciones de ciudadanos en comunidades y consejos comunales cuyos integrantes no son electos mediante sufragio directo, sino designados desde la cúpula del Poder Popular, que controla el Presidente de la República, mediante el partido único.

El régimen plural de partidos se ha destrozado y el ya oficialmente anunciado Partido Único socialista, imbricado en el aparato del Estado y también dirigido por el Presidente de la República, se apoderará no sólo del supuesto Poder Popular, sino de toda la vida política y social del país, dado el capitalismo de Estado que se ha intensificado como consecuencia del Estado rico, petrolero. Como todo depende del Estado, sólo quien pertenezca al Partido Único podrá tener vida política, administrativa, económica y social.

Y todo esta distorsión institucional, sin que exista separación ni independencia entre los poderes públicos, no sólo en su división horizontal (Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral) por el control que sobre ellos ejerce el Poder Ejecutivo; sino en su distribución vertical, donde las propuestas en curso apuntan a la eliminación de la federación, la sustitución de los Estados federados por supuestas “ciudades federales”, donde tendrán su sede los anunciados Consejos estatales o regionales del Poder Popular¹¹¹ y la definitiva eliminación de los municipios y su sustitución por consejos comunales y asambleas de ciudadanos. Todo ello con el fin de eliminar todo vestigio de descentralización política, es decir, de entidades políticas autónomas en el territorio, lo que imposibilita toda posibilidad de participación democrática. Esta es la trágica situación de la democracia venezolana, la cual en la realidad actual, ya no pasa de ser una palabra vacía.

110 V. 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; “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004”, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LIV n° 55, Lima, marzo-abril 2004, pp. 353-396; “El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela: 2000-2004”, en *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, Tomo V, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José 2004, pp. 167-312; “El secuestro de la Sala Electoral por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en *La Guerra de las Salas del TSJ frente al Referendum Revocatorio*, Editorial Aequitas, Caracas 2004, C.A., pp. 13-58”; “El secuestro del poder electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004, *Stvdi Vrbinati, Rivista tgrimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, Año LXXI – 2003/04 Nuova Serie A – N. 55,3, Università degli studi di Urbino, Urbino, 2004, pp.379-436; “«El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, n° 112. México, enero-abril 2005 pp. 11-73.

111 V. el anuncio del Consejo Presidencial del Poder Popular en *El Nacional*, 01-03-2007, p. 6

Pero además de los elementos esenciales de la democracia antes indicados, la misma Carta Interamericana, en su artículo 4º también definió los siguientes componentes fundamentales del ejercicio de la democracia: la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, y el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. Además, se declaró como igualmente fundamentales para la democracia, la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad. La democracia, por tanto, es mucho más que las solas elecciones y votaciones.

Lamentablemente todos estos elementos esenciales, también han sido ignorados o resquebrajados en Venezuela, también en nombre de un supuesto Poder Popular: la actividad gubernamental desplegada por el Estado rico, y en los últimos años súbitamente riquísimo, manejado sin control en un país pobre, dejó de ser transparente por la específica ausencia de control fiscal, dada la sumisión del Poder Ciudadano (Contraloría General, Fiscal General, Defensor del Pueblo) al poder del Ejecutivo; situación que ha hecho desaparecer el mismo concepto de probidad pues no es posible exigir responsabilidad alguna al gobierno por la gestión pública, entre otros aspectos por la sumisión del poder judicial; todo ello, campeando la corrupción en forma antes nunca vista. Por otra parte, la procura de los derechos sociales -que ha sido el principal eslogan gubernamental, en particular hacia la comunidad internacional- ha sido montada en una política de distribución incontrolada de la riqueza petrolera, como si esta nunca fuera a disminuir, estatizándose todo en el país, desmantelándose el aparato productivo y sin generar inversión; y todo ello sin que los niveles de pobreza ni los niveles de desempleo hayan disminuido.

Por último, la libertad de expresión y de prensa, desde las censuras directas de la última dictadura militar de la década de los cincuenta, nunca ha estado tan amenazadas, imponiéndose la autocensura sobre la base de persecución a periodistas y medios disidentes, como tan repetidamente lo ha constatado la Relatoría de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y se deriva de las múltiples denuncias formuladas ante la Comisión y de las recomendaciones y medidas cautelares adoptadas por ésta.

Por otra parte, el militarismo se ha apoderado del Estado, de manera que aún cuando el régimen autoritario no haya sido fruto de un golpe militar, en definitiva, otro valor fundamentales para la democracia como es la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida, por el apoderamiento militar del Estado y su imbricación con el partido único, se ha resquebrajado, habiendo quedado el respeto al Estado de derecho como otro valor pospuesto por todas las entidades y sectores de la sociedad.

En definitiva, durante los últimos años, en Venezuela se ha utilizado uno sólo de los elementos de la democracia, como es la realización de elecciones, para destruir todos los otros valores y componentes esenciales de la democracia. De allí el fraude a la democracia que ha ocurrido.

III. LAS EXIGENCIAS DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO: LA SEPARACIÓN DE PODERES Y LA DEMOCRACIA

Entre todos esos elementos y componentes esenciales de la democracia, el que se refiere a la separación e independencia de los Poderes Públicos es quizás el que se configura como el pilar más fundamental del Estado de derecho, pues es el que incluso puede permitir que los otros factores de la democracia puedan ser una realidad política¹¹².

En decir, la democracia como régimen político sólo puede funcionar en un sistema constitucional de Estado de derecho, donde exista control del poder, es decir, en el cual se tome efectivamente en cuenta con todas sus consecuencias políticas, la clásica y clara advertencia que décadas antes de la Revolución francesa, Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu había legado al mundo:

“Es una experiencia eterna -decía- que **todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él; y lo hace hasta que encuentra límites...** Para que no se pueda abusar del poder es necesario que por la disposición de las cosas, **el poder limite al poder**”¹¹³.

Décadas después, como legado de las Revoluciones Norteamericana y Francesa¹¹⁴, este postulado político esencial sobre la división del poder público comenzó a ser la premisa ineludible de la democracia como régimen político, de manera que esta no puede existir sin esa división, de manera que el poder encuentre límites y pueda ser frenado por el poder mismo.

En consecuencia, para que la democracia como sistema político pueda asegurar el gobierno del pueblo, que es el titular de la soberanía, en forma indirecta a través de representantes o mediante instrumentos para su ejercicio directo; la misma tiene que estar montada sobre un sistema político constitucional que en todo caso, y por sobre todo, impida el abuso de quienes ejercen el poder estatal, lo que es de la esencia del Estado de derecho. Es decir, para que pueda existir y funcionar efectivamente, la democracia requiere de un marco constitucional que establezca y permita el control del poder, que es su límite esencial, y donde el poder, mediante su división horizontal y distribución vertical o territorial, pueda frenar al poder, de manera que los diversos poderes del Estado puedan limitarse mutuamente. Y ello, como garantía esencial de todos los valores de la propia democracia, que además del respeto a la voluntad popular, implica la vigencia de los derechos humanos, el pluralismo político, la alternabilidad republicana y el sometimiento del Estado al derecho.

En América Latina, en una forma u otra, con todos los altos y bajos de su efectividad, en los periodos democráticos que nuestros países han tenido, siempre ha habido instituciones que buscan asegurar el respeto a los derechos humanos, la sujeción del poder al derecho, elecciones más o menos regulares y libres y un régimen plural de partidos. Pero si nuestras democracias en muchos casos no han terminado de arraigar, y el Estado de Derecho no ha terminado de apoderarse de nuestras instituciones

112 V. sobre la Carta Democrática Interamericana y la crisis de la democracia en Venezuela, 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. 137 y ss.

113 *De l'Esprit des Lois* (ed. G. Tunc), Paris 1949, Vol. I, Libro XI, Cáp. IV, pp.162-163

114 V. Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992.

políticas, es porque en muchos casos nos ha faltado implantar efectivamente el último de los elementos mencionados sobre la democracia y el más clásico de todos, referido precisamente a la efectiva “separación e independencia de los poderes”. Es decir, al orden constitucional que debe existir en toda democracia, lo que le da sentido al Estado de derecho, para controlar y limitar el poder, y que en particular, puede permitir una efectiva representación política; la posibilidad real de participación política del ciudadano, un gobierno transparente y responsable, y la vigencia efectiva del imperio de la ley.

En cambio, sin control del poder no sólo no hay ni puede haber real democracia ni efectivo Estado de derecho, sino que no se puede lograr la efectiva vigencia de todos los otros antes mencionados factores esenciales de la democracia, pues sólo controlando al Poder es que puede haber elecciones completamente libres y justas, es decir, puede haber representatividad efectiva; sólo controlando al poder es que puede haber pluralismo político; sólo controlando al Poder es que puede haber efectiva participación democrática; sólo controlando al Poder es que puede asegurarse una efectiva transparencia en el ejercicio del gobierno, con exigencia de la rendición de cuentas por parte de los gobernantes; sólo controlando el Poder es que se puede asegurar un gobierno sometido a la Constitución y las leyes, es decir, un Estado de derecho; sólo controlando el Poder es que puede haber un efectivo acceso a la justicia y esta pueda funcionar con efectiva autonomía e independencia; y sólo controlando al Poder es que puede haber real y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos.

Al contrario demasiada concentración y centralización del poder, como ocurre en cualquier gobierno autoritario, así tenga origen electoral, si no hay controles efectivos sobre los gobernantes, y peor aún, si estos tienen o creen tener apoyo popular, inevitablemente conduce a la corta o a la larga a la tiranía. Esa fue la historia de la humanidad durante la primera mitad del Siglo pasado, que nos mostró precisamente a tiranos que usaron el voto de la mayoría para acceder al poder y desde allí aplicaron el autoritarismo para acabar con la propia democracia y con todos sus elementos, comenzando por el respeto a los derechos humanos.

Desde los inicios del constitucionalismo moderno, además, el principio de la separación de poderes quedó plasmado en la misma Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuando 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). Sin embargo, a pesar de las dos centurias transcurridas, y particularmente en las últimas cinco décadas por los avances en la democracia, tanto el principio de la división o separación orgánica de poderes como manifestación de la distribución horizontal del Poder, como el principio de la distribución territorial o vertical del poder como signo de la descentralización política, han sido y continúan siendo los signos más arraigados, y no necesariamente desarrollados en la práctica, del constitucionalismo contemporáneo para garantizar la libertad, el gobierno democrático y el Estado de derecho. Y son, precisamente, los que han venido siendo progresiva y sistemáticamente demolidos en Venezuela.

Es decir, si en la Venezuela contemporánea, en los primeros años del Siglo XXI se ha venido arraigando un gobierno autoritario, ello tiene su origen precisamente en la forma como se deformó el principio de la separación de poderes en la Constitución de 1999, de manera tal que en cuanto a la separación orgánica de poderes, ha permi-

tido la concentración del poder en manos del Poder Ejecutivo en relación con la Asamblea Nacional, y en ésta, en relación con los otros Poderes Públicos. Es decir, la Constitución de 1999 estableció el germen de la concentración del poder, y por ello fue que se la calificó como una Constitución autoritaria, a lo cual nadie hizo caso.

Y en cuanto al sistema federal de distribución territorial del Poder que la Constitución también reguló, al contrario del proclamado “Estado federal descentralizado” (art. 4, Constitución), lo que el texto constitucional acentuó fue la “federación centralizada” que existía, agravada por eliminación del antiguo Senado que desde 1811 existió como instrumento para garantizar la participación igualitaria de los Estados en la elaboración y control de las políticas nacionales. A partir de 2000, Venezuela, por tanto, pasó a ser un raro ejemplo de una federación sin Cámara federal, igual como sucede en las pocas federaciones existentes en Estados con territorios minúsculos. La Constitución de 1999, era una constitución autoritaria no sólo por el germen de concentración del poder que contenía, sino por el esquema netamente centralista que también contenía, a lo cual tampoco nadie hizo caso.

En la Constitución Venezolana de 1999, en efecto, si nos atenemos a las palabras del texto, supuestamente se habría regulado un sistema de gobierno democrático “participativo y protagónico” montado sobre los principios de la separación orgánica de poderes y de la distribución territorial del Poder Público mediante una Federación descentralizada. Sin embargo, en realidad y al contrario, utilizando una palabrería engañosa, lo que se diseñó fue un sistema de gobierno estructurado sobre la base de la concentración del poder público y de la centralización política del Estado, lo que ha afectado los otros elementos esenciales de la democracia, conduciendo a la propia negación del Estado de derecho.

De ello lo que ha resultado es la estructuración de un nuevo autoritarismo constitucional en América Latina, que contrasta con lo que debería ser un Estado democrático de derecho, montado sobre la separación de poderes y la descentralización política. En el caso de Venezuela, lo que se ha desarrollado en los últimos años es un Estado signado, al contrario, por una parte, por el principio de la concentración del poder y el autoritarismo constitucional; y por la otra, por la centralización política y la ausencia efectiva de participación democrática.

IV. EL PROCESO DE CONCENTRACIÓN DEL PODER Y EL AUTORITARISMO CONSTITUCIONAL

El problema de la concentración del poder, semilla del autoritarismo en Venezuela, como se ha dicho, deriva del texto de la propia Constitución de 1999. Por ello, con motivo de la realización del referendo aprobatorio de la misma celebrado el 15 de diciembre de 1999, en un documento que elaboramos para explicar y justificar las razones por las cuales propugnamos el “voto No” en dicho referendo, advertimos que si la Constitución se aprobaba, en Venezuela se implantaría:

Un esquema institucional concebido para el autoritarismo derivado de la combinación del centralismo del Estado, el presidencialismo exacerbado, la democracia de partidos, la concentración de poder en la Asamblea y el militarismo, que constituye el elemento central diseñado para la organización del poder del Estado. En mi opinión -agregaba-, esto

no es lo que se requería para el perfeccionamiento de la democracia; la cual al contrario, se debió basar en la descentralización del poder, en un presidencialismo controlado y moderado, en la participación política para balancear el poder del Estado y en la sujeción de la autoridad militar a la autoridad civil¹¹⁵.

Lamentablemente, nuestra advertencia de entonces se ha venido haciendo realidad, y con base en la Constitución, a partir de 1999 se ha venido instrumentando un supuesto sistema democrático “participativo y protagónico” pero basado en la concentración y centralización del poder, lo cual es una contradicción, con consecuencias demoledoras para la propia democracia y el Estado de derecho.

1. El asalto al poder y su concentración inicial

Este proceso se inició, por lo demás, con el antes mencionado golpe de Estado perpetrado por la propia Asamblea Nacional Constituyente de 1999, la cual sin autoridad alguna, asaltó y concentró todo el poder del Estado violando la Constitución entonces vigente de 1961.

Ello provocó no sólo resultados desastrosos que muchos fuera y dentro del país no quisieron ver o entender, sino insólitas secuelas institucionales como la inacabada e inconclusa “transitoriedad constitucional” a que estuvo y en muchos aspectos sigue estando sometido el país¹¹⁶, como sucede por ejemplo en materia judicial; y lo más grave, con la anuencia de la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que fue el más cuestionado producto de aquella Asamblea, con lo que se han venido socavando los principios fundamentales del control democrático del poder, de la democracia y del Estado de derecho¹¹⁷.

Puede decirse, entonces, que la Constitución que sancionó la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, configuró un marco institucional autoritario, que impide el desarrollo de la democracia misma y la consolidación del Estado de derecho. Al contrario de ese marco institucional y de la práctica constitucional que lo ha implementado en los últimos años, la Constitución que Venezuela requería para estos comienzos del Siglo XXI, tenía que haber sido una que asegurara el perfeccionamiento de la democracia mediante el diseño y efectiva implementación del principio de la separación orgánica de poderes, como antídoto efectivo frente al autoritarismo; y ello, incluso, consolidando la separación de poderes más allá de los tres clásicos Poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), haciendo partícipes efectivos del ejercicio del Poder Público con rango constitucional, a los clásicos órganos de control que siempre han existido en nuestros países latinoamericanos, como las Con-

115 Documento de 30 de noviembre de 1999. V. en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, p. 339.

116 V. Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003. pp. 179 y ss.

117 V. por ejemplo, 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 progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004”, en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp.33-174.

tralorías Generales, el Ministerio Público, los Defensores del Pueblo o de los Derechos Humanos y los órganos electorales.

2. El germen de la concentración del poder: la potestad de la Asamblea Nacional de remover a los titulares de los poderes públicos

Pero por más verbalismo florido en la consagración de la separación orgánica de poderes, incluso con cinco poderes del Estado (Art. 136: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral), para que dicha separación pudiera ser efectiva tenía que haberse consolidado la independencia y la autonomía entre los mismos, de manera de asegurar la limitación y control del poder por el poder mismo. Ello, sin embargo, no se diseñó, y a pesar de la antes mencionada separación en cinco conjuntos de órganos del Estado, en la Constitución de Venezuela se encuentra una absurda distorsión de dicha separación, al otorgarse a la Asamblea Nacional, como órgano político que ejerce el Poder Legislativo y de control, no sólo la potestad de nombrar, sino de **remover** de sus cargos 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 (Art. 265, 279 y 296); en algunos casos, incluso, por simple mayoría de votos.

No puede hablarse de independencia de los poderes, sobre la cual descansa la propia separación y la posibilidad de control mutuo, cuando la existencia misma de los titulares (no electos democráticamente) de los órganos que ejercen los poderes del Estado se hacen depender de uno de ellos, el cual además es esencialmente de carácter político. Por ello, el sólo hecho de la previsión en el texto constitucional de tal poder de remoción en manos de la Asamblea Nacional, hace nugatoria la consagración formal de la independencia de los poderes, al tener conciencia sus titulares de que pueden ser removidos cuando efectivamente actúen con independencia¹¹⁸.

Lamentablemente ello se ha manifestado Venezuela, de manera que cuando ha habido mínimos signos de autonomía por parte de algunos titulares de órganos del Estado, que se han osado manifestar, han sido removidos. Ello ocurrió por ejemplo con la Defensora del Pueblo, y el Fiscal General de la República originariamente designados por la Asamblea Nacional Constituyente en 1999, quienes por no apearse a los dictados del poder, en 2000 fueron separados de sus cargos¹¹⁹; y con algunos Magistrados del Tribunal Supremo que se atrevieron a votar sentencias donde se cuestionaba el poder, lo que provocó que inmediatamente comenzaran a ser investigados y algunos de ellos incluso removidos de sus cargos, como ocurrió

118 V. "Democracia y control del poder", en Allan R. Brewer-Carías, *Constitución, democracia y control del poder*, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales, Universidad de Los Andes, Mérida 2004.

119 Fue el caso del Fiscal General de la República designado en diciembre de 1999, que se le ocurrió que podía iniciar el procedimiento de antejuicio de mérito (penal) contra el entonces Ministro del Interior; y de la Defensora del Pueblo, que también pensó que podía impugnar la Ley Especial de la Asamblea Nacional de 2001 sobre nombramiento de los Magistrados del Tribunal Supremo sin cumplir con los requisitos constitucionales. Ambos fueron debidamente sustituidos en 2001.

con el Primer Vicepresidente del Tribunal Supremo en junio de 2004; y otros debidamente “jubilados” o retirados¹²⁰.

3. La abstención de control por la amenaza de remoción

En otros casos, la consecuencia que se ha producido por esa “dependencia” fáctica de los órganos de control frente a la Asamblea Nacional, ha sido la abstención total en que ha incurrido de ejercer el control que la Constitución les atribuye, como ha sucedido con el Contralor General de la República, cuya existencia misma ha sido motivo de conjetura; y de las complacencias del Defensor del Pueblo con el poder, que han provocado que se lo perciba, antes que como defensor de los ciudadanos frente al poder, como el defensor del poder frente a los ciudadanos.

Los efectos de esta dependencia han sido catastróficos en relación con el Poder Judicial, a lo que nos referimos más adelante, el cual fue intervenido por la Asamblea Nacional Constituyente en 1999, y continúa intervenido con la lamentable anuencia y complicidad del propio Tribunal Supremo de Justicia, el cual se ha negado a asumir el completo gobierno del Poder Judicial, permitiendo que conviva con él una Comisión de Reorganización del Poder Judicial -a la cual ha legitimado- con poderes disciplinarios que son contrarios a lo que exige y manda la Constitución. A ello se suma el control político que la Asamblea Nacional ha asumido sobre los Magistrados del Tribunal Supremo, con la siempre “oportuna” advertencia de que pueden ser investigados y removidos incluso por mayoría absoluta de votos, como inconstitucionalmente se estableció en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004.

4. El fraude a la participación política en la designación de los altos cargos estatales

Debe señalarse, además, que las previsiones constitucionales que se establecieron para asegurar la autonomía de los señalados poderes del Estado mediante mecanismos participativos en la designación de sus titulares, lamentablemente también fueron distorsionadas. La Constitución, en efecto, estableció unos Comités de Postulaciones “integrados por representantes de los diversos sectores de la sociedad” para la selección de los candidatos a Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, a Fiscal General de la República, a Contralor General de la República, a Defensor del Pueblo y a miembros (Rectores) del Consejo Nacional Electoral. Dichas previsiones constitucionales pretendían limitar el poder discrecional que el órgano político-legislativo

120 Fue el caso del Magistrado Franklin Arrieché, Vice Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, quien fue Ponente de la sentencia de la Sala Plena Accidental de 14-08-2002 que decidió el antejuicio de mérito a los generales que actuaron el 12 de abril de 2002), declarando que no había mérito para enjuiciarlos porque en esa ocasión no había ocurrido un golpe militar sino un vacío de poder; y de los Magistrados Alberto Martini Urdaneta, Presidente de la Sala Electoral y Rafael Hernández y Orlando Gravina, Magistrados de la misma Sala, quienes suscribieron la sentencia n° 24 del 15-03-2004 (Caso: *Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina y Gerardo Blyde vs. Consejo Nacional Electoral*), que suspendió los efectos de la Resolución n° 040302-131 de 02-03-2004, del Consejo Nacional Electoral que en su momento impidió la realización del referendo revocatorio presidencial

había tenido siempre, con sus acuerdos político-partidistas, para designar dichos altos funcionarios. Pero ello no se logró, pues la práctica política y legislativa desarrollada por la propia Asamblea Nacional en los últimos años, órgano que constitucionalmente era el que debía ser limitado; en un evidente fraude a la Constitución, provocó que dichos Comités hayan quedado configurados como unas “Comisiones parlamentarias ampliadas”, integradas además de por diputados, los que por definición no podían formar parte de ellas por no ser representantes de la “sociedad civil”, por algunas otras personas llamadas sus “representantes” pero escogidas por la propia Asamblea Nacional de “Organizaciones no gubernamentales” estratégicamente seleccionadas¹²¹.

5. La primacía del Ejecutivo y la ausencia de contrapesos

Pero si la primacía de la Asamblea Nacional sobre los Poderes Judicial, Ciudadano y Electoral es el signo más característico de la ejecución de la Constitución de 1999 en los últimos años, la distorsión de la separación de poderes convirtiéndola en un sistema de concentración del poder, también deriva de la primacía que desde el punto de vista político-partidista, a la vez tiene el Poder Ejecutivo sobre la Asamblea Nacional.

En la Constitución de 1999, el presidencialismo se ha exacerbado, entre otros factores, por la extensión del período presidencial a seis años; por la permisión de la reelección inmediata del Presidente de la República (art. 230), lo que atenta contra el principio de la alternabilidad republicana al permitir un posible largo período de gobierno de hasta 12 años; por lo complicado del referendo revocatorio del mandato (art. 72), lo que lo hace prácticamente inaplicable; y por la no adopción del principio de la elección del Presidente por mayoría absoluta y doble vuelta, conservándose la elección por mayoría relativa (art. 228), originando la posibilidad de gobiernos electos con una minoría de votos, lo que puede hacer al sistema ingobernable.

Con este modelo presidencialista, al que se agrega la posibilidad de disolución de la Asamblea Nacional por el propio Presidente de la República (Art. 236,22), aún cuando en casos excepcionales cuando se aprueben tres votos de censura parlamentaria contra el Vicepresidente Ejecutivo (art. 240); se exacerbó el presidencialismo que no encuentra siquiera contrapeso en el antiguo bicameralismo que se eliminó.

6. La potestad legislativa delegada en el Ejecutivo y el fraude a la participación

El presidencialismo, además, se ha reforzado con otras reformas como la previsión de la delegación legislativa para autorizar al Presidente de la República, mediante “leyes habilitantes” emitir decretos-leyes no sólo en materias económicas y financieras (art. 203), lo que constituye un atentado a la garantía constitucional de la reserva legal particularmente en relación a la regulación de los derechos constitucionales.

121 V. Allan R. Brewer-Carías, “La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los Poderes Públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Año 5, n° 5-2005, San José, Costa Rica 2005, pp. 76-95.

Lo cierto es que la legislación fundamental que se ha producido en los últimos años (2001-2007) está contenida en estos decretos leyes dictados, incluso, sin que se hubiera respetado la exigencia constitucional de la consulta pública obligatoria requerida en la Constitución para los proyectos de ley.

En efecto, la potestad legislativa que se puede delegarse al Presidente de la República, tiene entre los límites impuestos en la Constitución el garantizar la participación política, que no sólo es uno de los valores fundamentales del texto constitucional sino uno de los derechos constitucionales más destacados previstos en el mismo. La Constitución consagra el derecho a “la participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública”, disponiendo como obligación del Estado el “facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica” (artículo 62). Además, la Constitución garantiza el derecho a la participación en lo político entre otros medios, a través de la “consulta popular” (artículo 70).

Precisamente para concretar este derecho constitucional, la propia Constitución expresamente establece previsiones donde se impone a la Asamblea Nacional la obligación de consulta pública en el procedimiento de formación de las leyes: En primer lugar, con carácter general, el artículo 211 exige a la Asamblea Nacional y a las Comisiones Permanentes que, durante el procedimiento y aprobación de los proyectos de leyes, deben consultar (“consultarán”) a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos; y en segundo lugar, el artículo 206 exige a la Asamblea Nacional, que debe consultar a los Estados (“serán consultados”) a través de los Consejos Legislativos, cuando se legisle en materias relativas a los mismos. Esta es la forma concreta conforme a la cual la Constitución garantiza el ejercicio del derecho a la participación política en la gestión de los asuntos públicos en el proceso de formación de las leyes, al establecer la obligación que se impone a la Asamblea Nacional, de consulta pública sobre los proyectos de ley.

Esta obligación constitucional de realizar consulta pública respecto de los proyectos de Ley, por supuesto, se tendría que trasladar al Presidente de la República cuando se produce la delegación legislativa. Esta, como toda delegación, no sólo debería transferir poderes sino también deberes, y entre ellos, el deber constitucional de consulta pública de los proyectos de decreto-ley que se dicten en ejecución de la ley habilitante. Es decir, independientemente del órgano que dicte la ley (Asamblea Nacional o Presidente de la República en virtud de la habilitación legislativa), la obligación de consulta pública es ineludible pues es parte integrante del procedimiento constitucional para la formación de las leyes.

En 2007, el Presidente de la República, siguiendo los mismos pasos que dio en 2001, pero ante una Asamblea en la cual no tiene oposición alguna ya que está totalmente conformada por sus seguidores, solicitó y obtuvo la sanción de una Ley Habilitante que le permite durante un período de año y medio (18 meses), legislar en todas las materias imaginables. Con ello, nuevamente, el Presidente de la República legislará sin transparencia alguna, sin que se conozcan los proyectos de leyes, sin que puedan debatirse, y sin que se realice la consulta pública que la Constitución le ordena hacer a la Asamblea Nacional respecto de los proyectos de ley (artículos 206 y 211).

En esta forma, en evidente fraude a la Constitución, la potestad estatal de legislar sobre las materias de la competencia nacional se pretende trasladar del órgano que

ejerce el Poder Legislativo (Asamblea Nacional) al Poder Ejecutivo, a pesar de que éste controla completamente al primero, donde no puede encontrar oposición alguna; legislación que se refiere, incluso, a materias que se afectan a los otros poderes del Estado, en particular, en su división horizontal (Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral) como en su distribución territorial (Estados y Municipios).

7. El militarismo constitucional

La Constitución de 1999, también dentro de sus innovaciones, consagró un acentuado esquema militarista como no se conocía en la última centuria; lo cual si se agrega al presidencialismo como forma de gobierno y a la concentración de poderes en la Asamblea Nacional y el Presidente de la República cuando la controla, lo que muestra es la apertura al autoritarismo como forma de gobierno, lamentablemente instalado en la República. En la Constitución, en efecto se eliminó toda idea de sujeción o subordinación de la autoridad militar a la autoridad civil; dándose, al contrario, una gran autonomía a la autoridad militar y a la Fuerza Armada, con la posibilidad incluso de intervenir sin límites en funciones civiles, bajo la comandancia general del Presidente de la República. Ello se evidencia, por ejemplo, tanto de la incorporación de algunas regulaciones como de la ausencia de las mismas: Primero, se eliminó la tradicional prohibición que existía en el constitucionalismo histórico respecto del ejercicio simultáneo de la autoridad civil con la autoridad militar; segundo, se eliminó el control civil parlamentario en relación con la promoción de militares de altos rangos, y que había sido diseñado por los hacedores de la República a comienzos del Siglo XIX. Esa promoción es ahora una atribución exclusiva de la Fuerza Armada. Tercero, se eliminó la norma que establecía el carácter apolítico de la institución militar y su carácter no deliberante, lo cual abrió el camino para que la Fuerza Armada delibere e intervenga en los asuntos que estén resolviendo los órganos del Estado; cuarto, se eliminó de la Constitución la obligación de la Fuerza Armada de velar por la estabilidad de las instituciones democráticas que antes estaba prevista expresamente; quinto, y más grave aún, se eliminó la obligación de la Fuerza Armada de obedecer la Constitución y leyes, cuya observancia debía estar siempre por encima de cualquier otra obligación, como lo establecía la Constitución anterior; sexto, por vez primera en la historia del país, se le concedió a los militares el derecho al voto, lo cual ha mostrado ser políticamente incompatible con el principio de obediencia; séptimo, la nueva Constitución estableció el privilegio de que el Tribunal Supremo de Justicia debe decidir si hay méritos para juzgar a los militares de alto rango de la Fuerza Armada, lo cual siempre había sido un privilegio procesal reservado a altos funcionarios civiles, como el Presidente de la República; octavo, se sujetó el uso de cualquier tipo de armas en el país a la autoridad de la Fuerza Armada, control éste que antes estaba atribuido a la administración civil; noveno, se estableció la posibilidad de poder atribuir a la Fuerza Armada funciones de policía administrativa; y finalmente, décimo, se adoptó el concepto de la doctrina de seguridad nacional, definida de forma total, global y omnicompreensiva, conforme a la cual, como había sido desarrollada en los regímenes militares de América latina en los

setenta, casi todo lo que suceda en la Nación concierne a la seguridad del Estado, aun el desarrollo económico y social¹²².

Todo esto ha dado origen a un esquema militar que es una novedad constitucional y ha venido conduciendo a una situación en la cual la Fuerza Armada, con el soporte del Jefe de Estado, se ha apoderado de la Administración civil del Estado, como ha venido ocurriendo en los últimos años. Todas estas disposiciones muestran un cuadro constitucional de militarismo verdaderamente único en la historia política y constitucional de América Latina, que no se encuentra ni siquiera en las Constituciones de los anteriores regímenes militares.

Con estos atentados al principio de la separación de poderes, Venezuela, con su nueva Constitución llena de contradicciones constitucionales (una Federación centralizada y sin Senado; un Poder Legislativo y una delegación legislativa ilimitada; y una penta división del Poder con una concentración inusitada del poder en el órgano político representativo), ha constitucionalizado el camino hacia el autoritarismo. La democracia, por tanto, con ese esquema constitucional difícilmente puede ser efectiva, y menos aún el Estado de derecho.

V. LA INTERMINABLE INTERVENCIÓN Y SUMISIÓN DEL PODER JUDICIAL AL RÉGIMEN AUTORITARIO

Después de la inconstitucional intervención del Poder Judicial que decretó la Asamblea Nacional Constituyente en 1999¹²³, desde que se sancionó la Constitución de 1999, en Venezuela se ha venido produciendo un proceso sistemático y permanente de demolición de la autonomía del poder judicial, sometiénolo al control del Presidente de la República.¹²⁴

Todo comenzó con el nombramiento de los nuevos Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia sin cumplirse los requisitos constitucionales mediante el régimen transitorio constitucional, dictado por la Asamblea Constituyente al margen de la Constitución en diciembre de 1999; y de allí, el proceso de intervención continuó comandado por el Presidente de la República, quien ha venido controlando políticamente al Tribunal Supremo de Justicia y, a través de éste, a todo el sistema judicial venezolano. Para ello, las previsiones constitucionales sobre condiciones para ser magistrado y los procedimientos para las designaciones con participación de los sectores de la sociedad, se violaron desde el inicio: primero, como se dijo, por la

122 V. sobre el militarismo en la Constitución de 1999, Allan R. Brewer-Carías, "Razones para el Voto NO en el referéndum sobre la Constitución", (Documento de 30-11-1999), *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, *cit.*, p. 325 y ss.

123 V. nuestro voto salvado a la intervención del Poder Judicial por la Asamblea Nacional Constituyente en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, (8 agosto-8 septiembre), Caracas 1999; y las críticas formuladas a ese proceso en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002.

124 V. Allan R. Brewer-Carías, "La progresiva y sistemática demolición de la autonomía en independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999-2004)", en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp.33-174.

propia Asamblea Nacional Constituyente al remover mediante un régimen transitorio al margen de la Constitución que aprobó, a los antiguos Magistrados; y luego, por la Asamblea Nacional recién electa al efectuar las primeras designaciones en 2000, conforme a una Ley especial sancionada para efectuarlas transitoriamente, con contenido completamente al margen de las exigencias constitucionales.

Por ello, con razón, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe sobre Venezuela de 2003, observó que la designación de sus Magistrados del Tribunal Supremo no se ajustó a la Constitución, de modo que “las reformas constitucionales introducidas en la forma de elección de estas autoridades establecidas como garantías de independencia e imparcialidad no fueron utilizadas en este caso”¹²⁵.

Después vino la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, aprobada en medio de una amplia discusión y cuestionamiento respecto de la mayoría calificada que se requería por la Constitución, por tratarse de una ley orgánica. La reforma, que aumentó el número de Magistrados de 20 a 32, elegidos los nuevos por mayoría simple de la misma Asamblea Nacional, como lo destacó la misma Comisión Interamericana, “no toma en consideración las preocupaciones expresadas por la CIDH en su informe en cuanto a posibles amenazas a la independencia del Poder Judicial.”¹²⁶

A lo anterior debe agregarse la destitución o “jubilación” de los Magistrados que osaron no seguir la línea gubernamental¹²⁷, todo lo cual ha permitido al gobierno asumir un control absoluto del Tribunal Supremo de Justicia en general, y de cada una de sus Salas en particular, en particular de la Sala Constitucional.

En todo caso, después de la reforma de 2004, el proceso de selección final de los nuevos Magistrados fue dominado por la sumisión al Presidente de la República, al punto de que en víspera del nombramiento, el entonces Presidente de la Comisión parlamentaria encargada de escoger los candidatos a Magistrados del Tribunal Supremo, Sr. Pedro Carreño, quien en enero de 2007 fue designado como Ministro del Interior y de Justicia, declaró a la prensa que:

“Si bien los diputados tenemos la potestad de esta escogencia, el Presidente de la República fue consultado y **su opinión fue tenida muy en cuenta.**”(Resaltado añadido). Agregó: “**Vamos a estar claros, nosotros no nos vamos a meter autogoles.** En la lista había gente de la oposición que cumple con todos los requisitos. La oposición hubiera podido usarlos para llegar a un acuerdo en las últimas sesiones, pero no quisieron. Así que nosotros no lo vamos a

125 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Venezuela 2003*, párrafo 186.

126 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Venezuela 2004*, párrafo, 174

127 Fue el caso, por ejemplo, del Magistrado Franklin Arrieche, Vice Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, quien fue Ponente de la sentencia de la Sala Plena Accidental de 14-08-2002 que decidió el antejuicio de mérito a los generales que actuaron el 12 de abril de 2002, declarando que no había mérito para enjuiciarlos porque en esa ocasión no había ocurrido un golpe militar sino un vacío de poder; y de los Magistrados Alberto Martini Urdaneta, Presidente de la Sala Electoral y Rafael Hernández y Orlando Gravina, Magistrados de la misma Sala, quienes suscribieron la sentencia de fecha sentencia n° 24 del 15-03-2004 (Caso: *Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina y Gerardo Blyde vs. Consejo Nacional Electoral*), que suspendió los efectos de la Resolución n° 040302-131 de 02-03-2004, del Consejo Nacional Electoral que en su momento impidió la realización del referendo revocatorio presidencial.

hacer por ellos. **En el grupo de los postulados no hay nadie que vaya a actuar contra nosotros** y, así sea en una sesión de 10 horas, lo aprobaremos.”¹²⁸

Con razón, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó en su Informe a la Asamblea General de la OEA correspondiente a 2004 que “estas normas de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia habrían facilitado que el Poder Ejecutivo manipulara el proceso de elección de magistrados llevado a cabo durante 2004.”¹²⁹

Se ha configurado, en esta forma, un Tribunal Supremo de Justicia altamente politizado y sujeto a la voluntad del Presidente de la República, que ha eliminado en la práctica toda la autonomía del Poder Judicial y el propio postulado de la separación de los poderes, como piedra angular del Estado de Derecho y de la vigencia de las instituciones democráticas.

En todo caso, conforme a la Constitución de 1999, que eliminó al antiguo Consejo de la Judicatura que era el órgano que desde 1961 administraba el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Justicia es la institución que constitucionalmente domina enteramente el sistema judicial venezolano, en particular en lo que se refiere al nombramiento y remoción de los jueces, cuya inestabilidad avalada y promovida por el mismo Tribunal Supremo, y el nombramiento de los jueces sin el concurso público que exige la Constitución, es otro componente de la sujeción política de los tribunales venezolanos.

Respecto de la independencia del Tribunal, conforme a los Principios Básicos relativos a la independencia de la judicatura, aprobados por la Asamblea General de la ONU¹³⁰, el principio de inamovilidad de los jueces es esencial, y como lo ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, congruente con “la propia naturaleza especial de la función de los tribunales pues garantiza la independencia de los jueces frente a las demás ramas del gobierno y ante los cambios político-electorales.”¹³¹

Y dicha inmovilidad se garantiza en la Constitución de 1999, primero, por la exigencia de que los jueces tengan que ser seleccionados por concurso público; y segundo, que su remoción sólo puede ocurrir mediante juicios disciplinarios llevados a cabo por jueces disciplinarios. Lamentablemente, nada de ello ha ocurrido en Venezuela, donde por una extraña transitoriedad construida con la complicidad del propio Tribunal Supremo, esas previsiones constitucionales son letra muerta.

Desde 1999, el Poder Judicial venezolano ha sido plagado de jueces provisorios, situación sobre lo cual ya en 2003, en el Informe Especial sobre Venezuela de 2003, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció,¹³² considerando

128 V. en *El Nacional*, Caracas, 13-12-2004.

129 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Venezuela 2004*, párrafo 180.

130 *Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura*, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas en Milán, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985 y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

131 CIDH, *Carranza vs. Argentina*, caso 10.087, Informe n° 30/97, 30 de Diciembre de 1997; párr. 41.

132 *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela*, OEA/Ser.L/V/II.118, d.C. 4 rev. 2, 29 de Diciembre de 2003, Párr. 11, p. 3. Allí se expresa: “La Comisión ha sido informada que solo 250 jueces han sido designados por concurso de oposición de conformidad a la normativa constitucional. De un total de 1772 cargos de jueces en Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia reporta que solo 183 son titulares, 1331 son provisorios y 258 son temporales.”

como tales jueces provisorios los que carecen de estabilidad en el cargo, siendo por ello susceptibles de manipulación política,¹³³ en el sentido de que “no gozan de la garantía de estabilidad en el cargo y pueden ser removidos o suspendidos libremente, lo que podría suponer un condicionamiento a la actuación de estos jueces, en el sentido de que no pueden sentirse protegidos frente a indebidas interferencias o presiones provenientes del interior o desde fuera del sistema judicial;”¹³⁴ concluyendo que el alto porcentaje de estos jueces altera el derecho de la ciudadanía a una adecuada administración de justicia.¹³⁵

La trágica situación de la provisionalidad de los jueces con la consecuente notoria falta de independencia que afecta al sistema judicial en Venezuela, también fue advertido en 2002, por la propia Comisión Interamericana en las Observaciones Preliminares formuladas el 10 de mayo de 2002¹³⁶, que formuló con motivo de su visita a Venezuela, señalando que: “luego de casi tres años de reorganización del Poder Judicial, un número significativo de los jueces tiene carácter provisorio, que oscila entre el 60 y el 90% según las distintas fuentes. Ello afecta la estabilidad, independencia y autonomía que debe regir a la judicatura”¹³⁷; agregando que había sido: “informada que el problema de la provisionalidad de los jueces se ha profundizado y aumentado desde que el presente Gobierno inició un proceso de reestructuración judicial.”¹³⁸

En el antes citado Informe Especial sobre Venezuela del año 2003, esta la misma Comisión también expresó, que “un aspecto vinculado a la autonomía e independencia del Poder Judicial es el relativo al carácter provisorio de los jueces en el sistema judicial de Venezuela. Actualmente, la información proporcionada por las distintas fuentes indica que más del 80% de los jueces venezolanos son “provisionales”.”¹³⁹

En todo caso, después de siete años de vigencia de la Constitución, aún no se ha establecido la jurisdicción disciplinaria de los jueces que exige la Constitución (artículos 254 y 267) tendiente a garantizar su sola remoción mediante juicios disciplinarios, por jueces disciplinarios, por lo que con la anuencia del propio Tribunal Supremo ha continuando en funcionamiento una “transitoria” Comisión de Reorganización del Poder Judicial (creada en 1999), que ha removido a los jueces sin debido proceso, y ha dado pie a la instauración de los mencionados jueces provisorios.

El resultado ha sido, como la mencionada Comisión Interamericana de Derechos Humanos también lo registró en su informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela contenido en el Capítulo IV del Informe que rindió ante la Asamblea General de la OEA en 2006, que los “casos de destituciones, sustituciones y otro tipo de medidas que, en razón de la provisionalidad y los procesos de reforma, han generado dificultades para una plena vigencia de la independencia judicial en

133 *Idem*, párrafos 11 y 12.

134 *Idem*, párrafo 159.

135 *Idem*.

136 V. “Comunicado de Prensa” de 10-05-2000, en *El Universal*, Caracas 11-5-2002.

137 *Idem*, párrafo 30.

138 *Idem*, párrafo 31.

139 *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela 2003*, cit. párr. 161.

Venezuela.”¹⁴⁰; destacando aquellas “destituciones y sustituciones que son señaladas como represalias por la toma de decisiones contrarias al Gobierno”¹⁴¹; concluyendo que para 2005, según cifras oficiales, “el 18,30% de las juezas y jueces son titulares y 81,70% están en condiciones de provisionalidad”¹⁴².

Lo más grave de esta irregular situación, es que en 2006 se ha pretendido solventar el problema de la provisionalidad a través de un “Programa Especial para la Regularización de la Titularidad” dirigido a los jueces accidentales, temporales o provisorios, con un lapso mayor a tres meses en el ejercicio de la función judicial. Semejante programa burla el sistema de ingreso a la función judicial que constitucionalmente sólo puede ocurrir mediante concursos públicos de oposición (artículo 255), pues se limita a una evaluación de los jueces provisorios, sin concurso ni competencia algunos, de modo que más que a “regularizar” lo que tiende es a consolidar los efectos de los nombramientos “a dedo” provisionales, y su consecuente dependencia del poder.

VI. EL PROCESO DE CENTRALIZACIÓN DEL PODER Y LA AUSENCIA DE EFECTIVA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Pero el nuevo esquema de gobierno autoritario que en los últimos años ha encontrado arraigo en Venezuela, con origen electoral, no sólo ha sido posible por la constitucionalización de un esquema de concentración del Poder del Estado, con la consecuente sumisión del Poder Judicial al Poder Ejecutivo, que es contrario a la democracia y al Estado de derecho; sino además, por la distorsión del propio ejercicio de la democracia y de la participación popular, encubierta por un falaz discurso populista que pretende sustituir la democracia representativa por una “democracia participativa”, como si se tratara, además, de conceptos dicotómicos, conduciendo en realidad a la propia destrucción de la democracia.

1. La Federación centralizada y la ilusión de la participación

La participación política, es decir, la posibilidad para el ciudadano de participar en la toma de decisiones políticas, sólo es posible cuando el poder está cerca del ciudadano en un sistema estatal de descentralización del poder basado en la multiplicación de las autoridades locales con autonomía política¹⁴³. Al contrario, en un esquema de Federación centralizada como la que consagra la Constitución venezolana de

140 *Idem*, párrafo 291.

141 *Idem*, párrafos 295 y ss.

142 *Idem*, párrafo 292.

143 *V. nuestras propuestas para el reforzamiento de la descentralización de la federación y el desmantelamiento de su centralización en Allan R. Brewer-Carías, Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 155 y ss.

1999, no sólo la participación política se torna en una ilusión retórica, sino que el sistema se convierte en fácil instrumento del autoritarismo¹⁴⁴.

Por ello, también con motivo de la realización del referendo aprobatorio de la Constitución de 1999, en el mismo documento explicativo de las razones por las cuales en su momento propugnamos el “voto No” en dicho referendo, advertíamos que:

“La gran reforma del sistema político, necesaria e indispensable para perfeccionar la democracia era desmontar el centralismo de Estado y distribuir el Poder Público en el territorio; única vía para hacer realidad la participación política. La Asamblea Constituyente – agregá-bamos- , para superar la crisis política, debió diseñar la transformación del Estado, descentralizando el poder y sentar las bases para acercarlo efectivamente al ciudadano. Al no hacerlo, **ni transformó el Estado ni dispuso lo necesario para hacer efectiva la participación**”¹⁴⁵.

Sin embargo, a pesar del esquema centralizado del poder plasmado en la Constitución, esta utiliza en múltiples ocasiones la palabra participación y, además, proclama como valor global a la llamada “democracia participativa”, pero sin permitir una efectiva participación política del ciudadano en la conducción de los asuntos públicos en entidades políticas autónomas y descentralizadas. La participación, en efecto, sólo es posible con la descentralización, y esta implica la creación de entidades territoriales autónomas. La participación, por tanto, es más que el ejercicio del derecho al sufragio y de la implementación de algunos mecanismos de democracia directa como los referendos, las asambleas de ciudadanos y los recién creados consejos comunales, los cuales no se configuren como instancias del poder del Estado ni tienen autonomía política, sino como instrumentos paralelos a su organización, del exclusivo uso y conducción del Jefe del Estado para la centralización del poder.

2. El sentido de la democracia y la ilusión de la democracia participativa

En realidad, en el discurso autoritario de la “democracia participativa”, ésta, de democracia sólo tiene el nombre, siendo hábilmente utilizado frente a los fracasos políticos que han experimentado muchas de nuestras anquilosadas democracias meramente representativas y de partidos. Muchas veces la expresión se utiliza sin que se sepa efectivamente de qué se trata y generalmente confundiendo indebidamente la democracia participativa con elementos de democracia directa. Pero en la mayoría de los casos se utiliza como engañosa y clara estrategia para acabar con la propia democracia representativa como régimen político, exacerbando la desconfianza en los partidos políticos y en las propias instituciones del Estado con estructuras e instituciones demasiado lejos del ciudadano.

La confusión originada por el clamor que a veces se siente en muchos de nuestros países de América Latina por la participación, la cual además, por esencia es contra-

144 V. los estudios “La opción entre democracia y autoritarismo (julio 2001)”, pp. 41-59; “Democratización, descentralización política y reforma del Estado (julio-octubre 2001)”, pp. 105-125; y “El Municipio, la descentralización política y la democracia (octubre 2001)», pp. 127-141, en Allan R. Brewer, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001.

145 Documento de 30 de noviembre de 1999. V. en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, p. 323.

ria al autoritarismo, obliga a reflexionar sobre la propia democracia para poder situar el concepto de participación política donde le corresponde, que es precisamente en el ámbito local de la descentralización política.

Sin duda, los dos principios fundamentales de la democracia en el mundo contemporáneo siguen siendo la representación y la participación. La primera, la representación, si a algo se contrapone es a la democracia directa, por lo que la dicotomía que existe en este caso es entre “democracia representativa” o indirecta y “democracia directa”.

La segunda, la participación, a la vez, si a algo se contrapone no es a la representación, sino a la “exclusión” política, de manera que la dicotomía que en este plano surge es entre “democracia participativa” o de inclusión y “democracia de exclusión” o exclusionista. Y esto es precisamente lo que no se tiene claro cuando se habla de democracia participativa, en ciertos casos, queriendo referirse a los mecanismos de democracia directa; y en otros deliberadamente confundiendo los conceptos, para buscar la eliminación o minimización de la representatividad, y establecer una supuesta relación directa entre un líder mesiánico y el pueblo, a través de los mecanismos institucionales incluso paralelos a los propios órganos electos del Estado, dispuestos para hacerle creer al ciudadano que participa, cuando lo que se está es sometiéndolo al control del poder central.

En cuanto a la democracia representativa o democracia indirecta, esta es y seguirá siendo de la esencia de la democracia¹⁴⁶. Su sustitución es esencialmente imposible si de democracia se trata, sin perjuicio de que afortunadamente se haya venido enriqueciendo en las últimas décadas, precisamente con la introducción en nuestros sistemas políticos de mecanismos de democracia directa que la complementan, pero que jamás podrán sustituirla.

No puede existir en el mundo contemporáneo una democracia que sea sólo refrendaria, plebiscitaria o de cabildos abiertos permanentes; a pesar de que en casi todos los sistemas constitucionales contemporáneos se hayan incorporado mecanismos de consultas populares y de asambleas de ciudadanos con el objeto de complementar la representatividad. Además, como es el caso de la Constitución de Venezuela, se han regulado todos los tipos imaginable de referendos: consultivos, aprobatorios, decisivos, abrogatorios, autorizatorios y revocatorios; al igual que las iniciativas populares. Ello sin duda ha contribuido a la movilización popular y a la relativa manifestación directa de voluntad del pueblo; pero es claro que esos mecanismos no pueden sustituir a la democracia conducida por representantes electos. El reto en este punto, para contribuir a la consolidación del Estado democrático de derecho, es asegurar que dichos representantes sean realmente representativos de las sociedades y sus comunidades, y sean elegidos en sistemas de sufragio directo, universal y secreto donde impere el pluralismo político, y a través de procesos electorales transparentes que aseguren el acceso al poder con sujeción al Estado de derecho.

Pero sin duda, más interés contemporáneo tiene el segundo principio básico de la democracia, que es el de la participación política, lo que como antes se ha señalado, no es otra cosa que un régimen democrático de inclusión política, donde el ciudada-

146 V. nuestra propuesta sobre la regulación del principio democrático representativo y participativo en la Constitución de 1999 en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, *cit.*, pp. 183 y ss.

no sea parte de su comunidad organizada con autonomía política, y contribuya a tomar las decisiones que le conciernen. Participar es estar incluido, por lo que la dicotomía en este caso de la participación política es la exclusión política, la cual además conlleva la de orden social y económico.

Lamentablemente, sin embargo, como antes hemos apuntado, en la doctrina política democrática con demasiada frecuencia se han confundido los conceptos, y cuando se habla de democracia participativa se la confunde y se la reduce a los mecanismos de democracia directa, cuando la democracia participativa es mucho más que eso.

Participar, en efecto, en el lenguaje común, es ser parte de..., es pertenecer, incorporarse, contribuir, estar asociado o comprometerse a...; es tener un rol, tomar parte activa, estar envuelto o tener una mano en...; es en fin, asociarse, compartir o tener algo que ver con... La participación, por tanto, en el lenguaje político no es otra cosa que ser parte de una comunidad política que por esencia debe gozar de autonomía política, en la cual el individuo tiene un rol específico de carácter activo conforme al cual contribuye a la toma de decisiones, la cual no se puede agotar, por ejemplo, en el sólo ejercicio del derecho al sufragio (que sin duda es una forma mínima de participación); o en ser miembro de sociedades intermedias, aún las de carácter político como los partidos políticos; o en votar en referendos (que es otra forma mínima de participación) en participar en asambleas de ciudadanos controladas por el poder central¹⁴⁷.

Participación política democrática, en realidad, es estar incluido en el proceso político y ser parte activa del mismo, sin mediatizaciones; es en fin, poder tener acceso a la toma de decisiones públicas. Y ello, en ninguna sociedad democrática se ha logrado permanentemente con las solas votaciones en referendos o consultas populares. Tampoco se logra con manifestaciones así sean multitudinarias, y menos de las que son obedientes y sumisas a un líder. Eso, que no es más que manifestación política, la historia se ha encargado de enseñarnosla en todas sus facetas, incluyendo las propias de los autoritarismos fascistas del Siglo pasado, la cual no se puede confundir con participación política.

Para que la democracia sea inclusiva o de inclusión, tiene que permitir al ciudadano poder ser parte efectivamente de su comunidad política que ante todo tiene que ser autónoma; tiene que permitirle desarrollar incluso conciencia de su efectiva pertenencia, es decir, de pertenecer en el orden social y político, por ejemplo, a una comunidad, a un lugar, a una tierra, a un campo, a una comarca, a un pueblo, a una región, a una ciudad, en fin, a un Estado, y ser electo para ello, como representante de la misma.

Por ello, la democracia participativa no es nada nuevo en la historia política; ha estado siempre, desde los mismos días de las Revoluciones del Siglo XIX en la teoría y prácticas políticas democráticas. En todos los países con democracias consolidadas, incluso, está imperceptiblemente arraigada en el nivel más ínfimo de los terri-

147 V. Allan R. Brewer-Carías, "Democracia Municipal, Descentralización y Desarrollo Local" (Conferencia Inaugural del XXVI Congreso Iberoamericano de Municipios, Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal, Ayuntamiento de Valladolid, Valladolid, 13-15 de octubre de 2004), en *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, nº 11, julio-diciembre 2003, INAP, Madrid 2003, pp. 11-34.

torios de los Estados, en las entidades políticas autónomas como los Municipios o las Comunas; es decir, en la base de la distribución territorial del poder.

El gran tema de la participación política, en todo caso, en democracias con carencia de participación, es determinar dónde y cómo es que se puede realmente participar, y la respuesta apunta a las entidades que sean consecuencia de la descentralización política del poder, que ante todo están dotadas de autonomía. De manera que dejando aparte y sin sustituir al sufragio y a los instrumentos de democracia directa, la participación política como democracia de inclusión en la cual el ciudadano pueda tomar parte personalmente en un proceso decisorio, interviniendo en actividades estatales y en función del interés general, sólo puede tener lugar en los estamentos territoriales más reducidos políticamente descentralizados y autónomos, en el nivel local, comunal o municipal. Es decir, sólo en los niveles territoriales inferiores autónomos de la organización del Estado, es que se puede montar una organización participativa que permita la incorporación del ciudadano individual, o en grupos o en comunidades, en la vida pública, y particularmente, en la toma de decisiones públicas generales o de orden administrativo.

De ello resulta que el tema central que tiene que resolverse cuando se habla con propiedad de democracia participativa, es el de la determinación del nivel territorial que se requiere para la participación como cotidianeidad democrática, y la opción más clásica está entre el municipio como entidad política autónoma desparramado en todos los rincones de un Estado, en cada villa, pueblo y caserío, situado bien cerca del ciudadano; o el gran municipio urbano o rural, situado bien lejos del ciudadano, y que en definitiva no sirve para nada.

Lo cierto, en definitiva, es que en la mayoría de los llamados países desarrollados democráticamente predomina la existencia de muchos municipios como entidades políticas autónomas, y entre ellos, de municipios pequeños¹⁴⁸. En contraste, en América Latina, el municipio está demasiado lejos del ciudadano¹⁴⁹. En ambos Continen-

148 Por ejemplo, en Alemania, de sus 16.098 municipios, un 76% tiene menos de 5.000 habitantes; y en España, alrededor del 86% de sus más de 8.056 municipios, tienen menos de 5.000 habitantes, agrupando sólo el 16% de la población, y el 61% tiene menos de 1.000 habitantes¹⁴⁸. Debe destacarse además, ya que nos encontramos en Valladolid, como un ejemplo de lo que significa para un país tener territorialmente muchos pequeños municipios, el caso precisamente de esta Comunidad de Castilla y León, que alberga algo más de un cuarto del total de los Municipios de España, con 2.248 municipios para 2.484.603 habitantes, de los cuales el 68,5 %, es decir, 1.540 municipios tienen menos de 500 habitantes. V. en *Informe sobre el Gobierno Local*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Fundación Carles Pi i Sunyer d'Etudis Autonòmics y Locals, Madrid 1992, p. 27

149 En Argentina, para 37 MM de habitantes, hay 1617 municipios con un promedio de población de 22.882 habitantes; en Bolivia, para 8 MM de habitantes, hay 312 municipios con un promedio de población de 25.642 habitantes; en Brasil, para 168 MM de habitantes, hay 5.581 municipios con un promedio de población de 30.102 habitantes; en Chile, para 15 MM de habitantes, hay 340 municipios con un promedio de población de 44.117 habitantes; en Colombia, para 42 MM de habitantes, hay 1.068 municipios con un promedio de población de 39.326 habitantes; en Cuba, para 11 MM de habitantes, hay 169 municipios con un promedio de población de 65.389 habitantes; en Ecuador, para 12 MM de habitantes, hay 1.079 municipios con un promedio de población de 11.121 habitantes; en El Salvador, para 6 MM de habitantes, hay 262 municipios con un promedio de población de 22.900 habitantes; en Guatemala, para 11 MM de habitantes, hay 324 municipios con un promedio de población de 33.950 habitantes; en Honduras, para 6 MM de habitantes, hay 293 municipios con un promedio de población de 20.478 habitantes; en México, para 97 MM de habitantes, hay 2.418 municipios con un promedio de población de 40.116 habitantes; en Nicaragua, para 5 MM de habitantes, hay 143 municipios con un promedio de población de 34.965 habitantes; en Paraguay, para 5 MM de habitantes, hay 212 municipios con un promedio de población de 23.585 habitantes; en Perú, para 25 MM de habitan-

tes los Municipios fueron tributarios de los mismos postulados centrales que derivaron de la Revolución Francesa, pero la enorme diferencia entre ellos fue que en Europa, desde comienzos del siglo XIX el Municipio se ubicó en cuanta aldea, pueblo, villa y ciudad existía, bien cerca del ciudadano; y en cambio, en América Latina, el Municipio colonial que traspasó las batallas de la Independencia, continuó como se lo había creado, ubicado en el nivel territorial de las antiguas Provincias coloniales, en los Cabildos metropolitanos, bien lejos del ciudadano.

En los primeros, la participación política es tan cotidiana en las cosas pequeñas que es imperceptible; en los segundos, simplemente no hay participación alguna. Tienen un ámbito territorial tan alto y extraño al ciudadano, que hace que no sirvan para nada, pues ni sirven para gerenciar adecuadamente los intereses locales ni para servir de instancias de participación política de la ciudadanía en la decisión o gestión de sus propios asuntos comunales.

Por tanto, la democracia participativa está real e indisolublemente ligada, no a la democracia directa, sino a la descentralización política y dentro de esta última, a la municipalización, y la misma no se puede materializar con solo propuestas de incorporación al régimen democrático de instrumentos como los referendos las consultas o las iniciativas populares y las asambleas de ciudadanos. La democracia participativa no se agota ni se debe confundir con la democracia directa, como suele suceder en muchos estudios sobre la democracia que propugnan se perfeccionamiento¹⁵⁰.

La participación política como cotidianeidad democrática o como parte de la democracia como forma de vida, sólo puede darse a nivel local. Por ello, la participación política o la democracia participativa están íntimamente unidas al localismo y a la descentralización políticas, que son las que pueden efectivamente a su vez limitar el poder, lo que es consustancial con la democracia. Por ello, no puede haber y nunca ha habido autoritarismos descentralizados que hayan podido permitir efectivamente la participación política; al contrario, la centralización política del poder es de la esencia de los autoritarismos y contraria a la democracia.

Es decir, la centralización política impide la participación, por lo que esta sólo es posible en sistemas de gobiernos donde el poder esté descentralizado políticamente y cerca del ciudadano; y no hay otra instancia en los Estados para que el ciudadano pueda participar, que no sea el gobierno local; lo demás es falacia y engaño, o mecanismos de democracia directa, que, insistimos, son otra cosa. Por ello es que el tema de la descentralización política, precisamente no tiene tanta notoriedad en los países europeos con democracias desarrolladas y consolidadas, donde la participación es de todos los días, en las pequeñas cosas que pueden tratarse en esos pequeños municipios urbanos y rurales.

tes, hay 1808 municipios con un promedio de población de 13.827 habitantes; en República Dominicana, para 8 MM de habitantes, hay 90 municipios con un promedio de población de 88.889 habitantes; en Uruguay, para 3 MM de habitantes, hay 19 municipios con un promedio de población de 157894 habitantes; y en Venezuela, para 24 MM de habitantes, hay 338 municipios con un promedio de población de 71.006 habitantes. V. las referencias en Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 139 y ss

150 V. por ejemplo, en Venezuela, el conjunto de estudios publicados en *Participación Ciudadana y Democracia*, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, Caracas 1998.

De manera que sin temor a equivocarnos podemos afirmar que no sólo sin descentralización política o territorial, es decir, sin que exista una multiplicidad de poderes locales y regionales autónomos políticamente no puede haber participación política, sino que en definitiva no puede haber una democracia participativa. La descentralización política es, por tanto, la base de la democracia participativa y a la vez, el impulso del control del poder. El centralismo, en cambio, es la base de la exclusión política al concentrar el poder en unos pocos electos, y a la vez, el motivo del desprestigio de la democracia representativa por más aditivos de democracia directa o referendaria que se le implante¹⁵¹.

Por ello solo los autoritarismos temen y rechazan tanto la descentralización política como a la participación democrática, y eso es lo que ha venido ocurriendo en Venezuela, con el engaño de la “democracia participativa”.

3. La reacción contra la Federación como forma de Estado descentralizado

La idea de la “democracia participativa y protagónica” que se ha venido vendiendo por el gobierno autoritario venezolano, antes que un instrumento para la descentralización política, para lo que ha servido es para dismantelar lo poco que quedaba de ella, y en definitiva para acabar con la aún deficiente democracia representativa que nos queda, imposibilitando a la vez la real participación política.

En Venezuela, la gran transformación política que debió haberse producido en el proceso constituyente de 1999, para perfeccionar la democracia¹⁵², que debió ser su principal motivación, debió consistir en sustituir efectivamente la forma estatal de la Federación Centralizada que se había desarrollado durante el Siglo pasado, por una Federación efectivamente descentralizada en dos niveles territoriales, el de los Estados y de múltiples Municipios autónomos.

151 Por ello, en la conferencia que dictamos en el XXV Congreso de la Organización iberoamericana de Municipios, en Guadalajara, Jalisco, México, en 2001, decíamos que: “el debate contemporáneo en nuestros países por más democracia, tiene que centrarse en el rescate del proceso de descentralización política. Perfeccionar la democracia exige hacerla más participativa y más representativa, para lo cual la única vía posible que existe es acercando el Poder al ciudadano, y ello sólo puede lograrse descentralizando territorialmente el Poder del Estado y llevarlo hasta la más pequeña de las comunidades; es decir, distribuyendo el Poder en el territorio nacional”. Y agregaba además, que “cualquiera que sea la forma de descentralización política, se trata de proyectos y propuestas contrapuestos radicalmente al centralismo de Estado y a la concentración del Poder, que son esencialmente antidemocráticos”. En definitiva, la propuesta política que entonces formulamos, y ahora insistimos en ratificar, “busca el diseño en nuestros países, de un nuevo sistema político que la democracia exige, y que sólo puede tener por objeto hacerla más participativa, con gran presencia de la sociedad civil, y más representativa de las comunidades. Ello implica desparramar el poder en todo el territorio, hasta la última de las comunidades, para que el ciudadano y sus sociedades intermedias puedan realmente participar”. V. la conferencia sobre “El Municipio, la descentralización política y la democracia” en *XXV Congreso Iberoamericano de Municipios, Guadalajara, Jalisco, México del 23 al 26 de octubre de 2001*, Fundación Española de Municipios y Provincias, Madrid 2003, pp. 453 y ss.

152. V. lo que propusimos durante la discusión del Proyecto de Constitución en Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la forma federal del Estado en la nueva Constitución: Nuevo Federalismo y Nuevo Municipalismo” en *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, (8 agosto-8 septiembre), Caracas 1999, pp. 155 a 170); y “El reforzamiento de la forma federal del Estado Venezolano en la Nueva Constitución: Nuevo Federalismo y Nuevo Municipalismo”, Ponencia presentada en *The International Conference on Federalism in an Era of Globalization*, Québec, Canadá octubre 1999 (mimeo), 13 pp.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos que se hicieron, la reforma no pasó del nominalismo, de las palabras y de las declaraciones. Así, tanto el Preámbulo como el artículo 4 de la Constitución, declaran lo que no es cierto, que “La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado”, pero agregando la norma, por supuesto, que ello es así sólo “en los términos consagrados por esta Constitución”; fórmula más o menos similar a la del artículo 2 de la Constitución de 1961 la cual, sin embargo, más modestamente se limitaba a declarar que “La República de Venezuela es un Estado federal” lo cual tampoco era cierto en términos políticos de distribución vertical del poder¹⁵³. Ahora en la Constitución de 1999 se ha agregado que la Federación supuestamente es “descentralizada” lo cual, sin embargo, es contradicho por el propio texto de la Constitución, en cuyo articulado se centralizó aún más al poder del Estado¹⁵⁴.

En todo caso, “los términos consagrados por la Constitución” son la clave para determinar efectivamente el grado de descentralización política del Estado y por tanto, de la Federación; y la comparación entre unos y otros “términos” revela un mayor centralismo en el texto de 1999.

En la Constitución de 1999, en efecto y como antes se dijo, salvo en el nominalismo, no se avanzó mayormente en relación con lo que existía en el texto de 1961, a pesar de la constitucionalización parcial de aspectos que ya se habían establecido en las reformas legislativas de 1989 (Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público). Pero no hubo los avances y transformaciones necesarias para hacer realidad la descentralización de la Federación. Más bien se retrocedió institucionalmente en ello, al eliminarse el Senado, y con ello, el principio de igualdad institucional de los Estados, estableciéndose por primera vez en la historia constitucional de Venezuela una Asamblea Nacional unicameral (art. 186). Además se permitió la posibilidad de establecer limitaciones a la autonomía de los Estados (art. 162) e incluso de los Municipios (art. 168) mediante ley nacional, lo que se configura como una negación, de principio, de la idea misma de descentralización política, la cual al contrario tiene que estar basada en el concepto de autonomía territorial garantizada en la propia Constitución. Se estableció además, un precario ámbito de las competencias estatales cuyo ejercicio, además, se sujetó a lo regulado en la legislación nacional; y una centralización tributaria que coloca a los Estados en una dependencia financiera más acentuada.

La declaración sobre “Estado federal descentralizado” que se incorporó en la Constitución de 1999 para identificar la forma del Estado, por tanto, no significó

153 V. Allan R. Brewer-Carías, “Los problemas de la federación centralizada en Venezuela” en *Revista Ius et Praxis*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Lima, n° 12, Perú, diciembre 1988, pp. 49-96; y “Problemas de la Federación centralizada (A propósito de la elección directa de Gobernadores)”, en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1992, pp. 85-131.

154 V. Allan R. Brewer-Carías, *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva)*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, n° 7, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 2001, 187 pp.. V. además, Allan R. Brewer-Carías, “El ‘Estado Federal descentralizado’ y la centralización de la Federación en Venezuela. Situación y Perspectiva de una contradicción constitucional”, en *Revista de Estudios de la Administración Local (REAL)*, 292-293, mayo-diciembre 2003, Madrid 2003, pp. 11-43.

realmente avance alguno, más bien retroceso, al resultar agravados los principios de la Federación Centralizada que se había consolidado durante el Siglo XIX.

Pero incluso todo ello ha sido amenazado directamente de desaparecer, en aras de la organización del Poder Popular que supuestamente en lugar de los Estados de la federación originará regiones y un sistema de “ciudades federales”, dirigidas por cuerpos integrados por supuestos representantes de los consejos comunales, no electos mediante sufragio universal, directo y secreto, sino designados a dedo a fuerza de “participación”. Así, los Gobernadores y los diputados miembros de Consejos Legislativos estatales, hasta ahora también electos por sufragio universal directo y secreto, están llamados a desaparecer, ahogados igualmente por el esquema centralizante de los Consejos Comunales del Poder Popular.

4. La reacción contra el Municipalismo y su sustitución por un Poder Popular o Comunal centralizado

En cuanto al poder municipal, la gran reforma democrática que se requería en el país, era, esencialmente, acercar las instituciones locales autónomas al ciudadano, municipalizándose el territorio, para lo cual había que multiplicar los Municipios en lugar de reducirlos. Nada de eso se hizo, y más bien, por una parte, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005¹⁵⁵ lo impidió, al establecer limitaciones mayores para la creación de entidades políticas locales autónomas; y por la otra, en lugar de multiplicarse los Municipios, lo que se han creado son Consejos comunales (Ley de los Consejos Comunales), que no son entidades políticas autónomas ni regidos por personas electas mediante sufragio universal directo y secreto, para precisamente eliminar los Municipios, cuando lo que debió haber ocurrido era la reforma de la Ley Orgánica para establecer entidades municipales como unidades políticas autónomas cerca de las comunidades y establecer la posibilidad de participación en dichas entidades políticas autónomas (descentralizadas).

Pero como se dijo, ello no se hizo así, y al contrario, con base en los elementos de democracia directa que se establecieron en la Constitución, como las “asambleas de ciudadanos cuyas decisiones son de carácter vinculante” (art. 70), en su lugar, en 2006 se dictó la Ley de los Consejos Comunales¹⁵⁶, que ha establecido es un sistema institucional *centralizado*, en forma paralela al régimen municipal, para sustituirlo, mediante la supuesta participación popular, denominado “del Poder Popular”, ignorando la propia existencia del régimen municipal; e iniciando formalmente el proceso de eliminación del municipio como instancia de democracia participativa. Ello lo ha anunciado el propio Presidente de la República en enero de 2007, al juramentar los Ministros de su nuevo gabinete de “Ministerios del Poder Popular”, anunciando “la explosión revolucionaria del poder comunal, los consejos comunales” con lo cuales ha señalado que:

155 V. *Gaceta Oficial* n° 38.204 de 8 de junio de 2005. La Ley Orgánica fue objeto de una reforma en noviembre de 2005, *Gaceta Oficial* n° 38.327 de 2 de diciembre de 2005; y luego en abril de 2006, *Gaceta Oficial* n° 5.806 Extra. de 10 de abril de 2006, reimpresa por error material en *Gaceta Oficial* n° 38.421 de 21 de abril de 2006. V. Allan R. Brewer-Carías et al, *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005.

156 V. en *Gaceta Oficial* n° 5.806 Extraordinaria del 10 de abril de 2006.

[...] “debemos trascender ahora lo local, y debemos ir creando por ley en primer lugar, una especie de **Confederación regional, local, nacional de Consejos Comunales**. Tenemos que ir marchando **hacia la conformación de un estado comunal** y el viejo estado burgués que todavía vive, que está vivo y coleando, tenemos que irlo **desmontando progresivamente mientras vamos levantando al estado comunal, el estado socialista, el estado bolivariano**”.¹⁵⁷

Agregó, dos días después, en el acto de su juramentación para el nuevo período constitucional, que el objetivo era “transitar hacia el camino de una ciudad comunal donde no se necesiten alcaldías ni juntas municipales, sino sólo el poder comunal”.¹⁵⁸

La gran diferencia sin embargo, es que en democracia, los alcaldes y concejos municipales son electos por votación popular, directa, universal y secreta, y en cambio, en el esquema del poder comunal, los integrantes de los consejos comunales son designados directamente por el Presidente de la República mediante los agentes del partido único, por asambleas de ciudadanos debidamente controladas, sin sufragio directo alguno.

En ese sistema centralizado, los Consejos Comunales no tienen ni tendrán autonomía política alguna, ya que sus miembros no son electos por sufragio universal, directo y secreto como representantes del pueblo; a la “comunidad” se la concibe fuera del municipio, **cuando conforme a la Constitución este debería ser la unidad política primaria en la organización nacional; y en un supuesto** “marco constitucional de la democracia participativa y protagónica”, también supuestamente se han pretendido regular los Consejos Comunales como “instancias de participación, articulación e integración entre las diversas organizaciones comunitarias, grupos sociales y los ciudadanos”, pero sin autonomía ni descentralización política alguna. Es decir, como se dijo, con esta estructura paralela no autónoma, lo que ha comenzado es el desmantelamiento de la democracia representativa en el país.

La Ley de los Consejos Comunales de 2006, como se ha dicho, ha establecido dichas entidades sin relación alguna con los Municipios ni, por tanto, con la representación democrática, estableciendo una organización piramidal de Comisiones Presidenciales regionales y nacional que dirige directamente el Presidente de la República quien controla la asignación de recursos. Y todo ello, centralizadamente estructurado para supuestamente permitir “al pueblo organizado ejercer directamente la gestión de las políticas públicas y proyectos orientados a responder a las necesidades y aspiraciones de las comunidades en la construcción de una sociedad de equidad y justicia social” (art. 2). Pero ello, como se dijo, se trata de una organización concebida bajo un esquema jerárquico centralizado (sin autonomía política alguna), totalmente dependiente de una “Comisión Presidencial para el Poder Popular” que preside y dirige el Presidente de la República, con recursos financieros que incluso superan los que corresponden al Poder Municipal, y que funciona en paralelo y desvinculado a los Municipios autónomos y a sus autoridades electas. En dichos Consejos Comunales, se ubicaron las Asambleas de Ciudadanos como la instancia primaria

157 Discurso de Hugo Chávez, 08-01-2007.

158 Discurso de Hugo Chávez, *El Nacional* 11-01-2007, p. A2

para el ejercicio del poder, la participación y el protagonismo popular, cuyas decisiones son de carácter vinculante para el consejo comunal respectivo (art. 4,5).

Con esta Ley de los Consejos Comunales, en realidad, lo que también se inició fue una inconstitucional desmunicipalización de la participación ciudadana, sustituyéndose al Municipio como la unidad política primaria y autónoma en la organización nacional que establece la Constitución y que debe estar inserto en un sistema de descentralización política (distribución vertical) del poder; por un sistema de entidades sin autonomía política alguna, que se denominan del Poder Popular (Consejos Comunales), directamente vinculadas y dependientes, en un esquema centralizado del poder, del más alto nivel del Poder Ejecutivo Nacional, el Presidente de la República mediante una Comisión Presidencial del Poder Popular. Así, los Alcaldes y los concejales miembros de Consejos Municipales, hasta ahora electos por sufragio universal directo y secreto, están llamados a desaparecer ahogados por el esquema centralizante de los Consejos Comunales del Poder Popular.

Y en todo este esquema centralista de la organización del ejercicio del poder central, el vaso comunicante que supuestamente asegurará la participación, parece ser que no será otro que el también anunciado Partido Único que presidiría el propio Jefe de Estado, imbricado en la burocracia estatal como nunca antes se había visto en Venezuela, y que como sistema político de gobierno ya había sido demolido en el mundo con la caída del Muro de Berlín.

VII. LA CONSOLIDACIÓN PREVISIBLE DEL PROCESO AUTORITARIO MEDIANTE LA REFORMA CONSTITUCIONAL: LA “DICTADURA DE LA DEMOCRACIA” PARA EL DESMANTELAMIENTO DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Para que exista un Estado democrático de derecho no bastan las declaraciones contenidas en los textos constitucionales que hablen de “democracia participativa y protagónica” o de descentralización del Estado; así como tampoco basta con establecer un sistema eleccionario que permita elegir mediante sufragio a los representantes populares. Aparte de que el mismo, por supuesto, debe asegurar efectivamente la representatividad, el pluralismo político y el acceso al poder conforme a los postulados del Estado de derecho.

Pero además, para que exista un verdadero Estado democrático de derecho es necesario e indispensable que el marco constitucional en el cual se pretenda que funcione el régimen democrático, permita efectivamente el control efectivo del poder por el poder mismo, incluso por el poder soberano del pueblo. Es la única forma de garantizar la vigencia del Estado de derecho, la democracia y el ejercicio real de los derechos humanos.

Y el control del Poder del Estado en un Estado democrático de derecho sólo se puede lograr dividiendo, separando y distribuyendo el Poder Público, sea horizontalmente mediante la garantía de la autonomía e independencia de los diversos poderes del Estado, para evitar la concentración del poder; sea verticalmente, mediante su distribución o desparramamiento en el territorio del Estado, creando entidades políticas autónomas con representantes electos mediante sufragio, para evitar su

centralización. La concentración del poder al igual que su centralización, por tanto, son estructuras estatales esencialmente antidemocráticas.

Y allí radican, precisamente, los problemas del declarado Estado de derecho y de la supuesta democracia en Venezuela, la cual tiene su deformación en el propio texto constitucional de 1999, en el cual, lamentablemente, se estableció el esquema institucional que ha permitido la concentración del poder, alentando el autoritarismo y eliminando toda forma de control del poder; y que ha igualmente permitido la centralización del poder, iniciando el proceso de desmantelamiento del federalismo y del municipalismo, reforzando el mismo autoritarismo, distorsionando la posibilidad de participación política efectiva a pesar de los mecanismos de democracia directa que se recogieron. Es un ejemplo constitucional de autoritarismo constitucional con origen electoral, el cual, sin embargo, constituye la negación de lo que debe ser un Estado democrático de derecho.

Montado sobre ese autoritarismo constitucional, en enero de 2007, como antes se ha dicho, y con ocasión del inicio de su segundo período constitucional, el Presidente de la República ha comenzado a exponer los pasos a seguir para el desmantelamiento definitivo de la democracia en Venezuela, mediante un sistema de organización de un Poder Único, denominado del Poder Popular o del Poder comunal (estado comunal o estado socialista), completamente concentrado y centralizado, y conducido políticamente por un partido único. Y ambos, el Poder Popular y el partido único, con el objeto de imponer “la dictadura de la democracia”, dirigidos por una sola persona, que será el Presidente del Poder Popular y del partido único.

Para ello, por supuesto, se requiere previamente de una reforma general de la Constitución, la cual también ha sido anunciada en enero de 2007. Sin embargo, previamente, en fraude a la propia Constitución, en el mismo mes de enero de 2007 ya se ha dictado una Ley habilitante que autoriza al Presidente para, precisamente, dictar leyes contrarias a la Constitución, “con el objeto de actualizar y transformar el ordenamiento legal que regula a las instituciones del Estado” y establecer “los mecanismos de participación popular, a través del control social, la inspección técnica social y la práctica del voluntariado, de la comunidad organizada en la aplicación del ordenamiento jurídico y ámbito económico del Estado. Así como, que adecuen la estructura organizativa de las instituciones del Estado, para permitir el ejercicio directo de la soberanía popular”. Estas leyes “constitucionales”, por supuesto no podrían dictarse ni siquiera por la Asamblea Nacional y menos mediante una delegación legislativa, sin que antes se reforme la Constitución; y por eso, se ha anunciado, que serían emitidas por el Presidente de la República después de que se produzca la reforma de la Constitución.¹⁵⁹ Es decir, en otro depurado fraude constitu-

159 Como se reseñó en la prensa el 31 de enero de 2007-02-04: “El lapso de 18 meses de vigencia de la Ley habilitante tiene la finalidad de permitirle al presidente de la República, Hugo Chávez, esperar que la reforma de la Constitución sea aprobada para redactar las normas que darán piso al modelo del Estado socialista que desea implantar.” De acuerdo con parlamentarios consultados, en los primeros meses los decretos ley que redactará el Ejecutivo estarán adecuados a la Carta Magna de 1999 y en algunos llenarán las omisiones del Poder Legislativo... Luego de la consulta popular para la aprobación de las reformas de la Constitución, algunos diputados han manifestado que podría ser en septiembre, el mandatario contaría con tiempo suficiente para adecuar la legislación al modelo político que propone. Por ello, los diputados presumen que todo instrumento legal relacionado con el sistema de Estado será promulgado a finales de 2007 o principios de 2008”. *El Nacional*, Caracas 31-01-2007, p. A2

cional, conforme a una Constitución que no autoriza la delegación legislativa para reformar la Constitución, se dicta una Ley habilitante con esa autorización, la cual se utilizaría sólo si durante el lapso de vigencia de dicha Ley se reforma previamente la Constitución.

Las líneas generales de esas reformas para la estructuración de Poder Popular supuestamente montado sobre el ejercicio directo de la soberanía por el pueblo, están basadas en la eliminación de la democracia como régimen político representativo de sufragio directo y plural, que pueda permitir la elección mediante sufragio universal, directo y secreto a los titulares de los poderes públicos distribuidos en el territorio (Alcaldes y concejales en los Municipios, Gobernadores y Legisladores en los Estados, diputados a la Asamblea Nacional y Presidente de la República).

El esquema, tal como se ha anunciado, apuntaría a la sustitución de la democracia representativa de sufragio directo por una supuesta democracia participativa indirecta, en la cual no habría elección popular alguna. Su funcionamiento tendría a la base a las “asambleas de ciudadanos” y a los “concejos comunales” cuyos miembros no serían electos mediante sufragio universal, directo y secreto, sino “escogidos” en la comunidad, probablemente a mano alzada, por supuesto, con la conducción ideológica del partido único, que sería el único que tendría acceso a los órganos del poder del Estado en todos los niveles.

Los concejos comunales nombrarían sus representantes en los consejos comunales regionales o los de las ciudades federales (“confederación regional y local de consejos comunales”); y estos últimos serían los que designarían sus representantes en la Asamblea Nacional del Poder Popular (“confederación nacional de consejos comunales”), que eventualmente sustituirá a la actual Asamblea Nacional. En esta forma, se eliminaría todo vestigio de sufragio directo, universal y secreto de los diputados a los órganos legislativos estatales (regionales) y nacional, así como de los gobernadores. Y finalmente, la Asamblea Nacional del Poder Popular así integrada, probablemente entonces designaría un Consejo Nacional de gobierno del Poder Popular el cual, por supuesto, ineludiblemente estaría presidido por una misma persona por tiempo indefinido, quien además sería el Presidente del partido único.

Todas estas reformas que implican la eliminación de la democracia representativa de sufragio directo en el país, como se dijo, han comenzado a ser implementadas en 2006, con la sanción de la Ley de los Consejos Comunales (Poder Popular), como estructura paralela que se ha establecido respecto de la organización municipal, en evidente fraude a la Constitución, para en definitiva sustituir a los Municipios como la unidad política primaria. La diferencia con estos, precisamente está en que en ellos, los Alcaldes y Concejales municipales son electos, y los Municipios son políticamente autónomos; y en cambio, los integrantes de los Consejos Comunales no son electos por sufragio directo universal y secreto, sino designados a dedo por supuestas “asambleas del ciudadanos” controladas desde la cúpula del Poder Ejecutivo, del cual dependen, sin autonomía política alguna.

Una vez montada la estructura de base del Poder Popular (anunciada en la Ley de los Consejos Comunales), y dotada de ingentes recursos que no se han destinado a los Municipios, que maneja una Comisión Presidencial, el paso subsiguiente será la eliminación de los Municipios como también se ha anunciado y, en paralelo, la eliminación de los Estados y de todo vestigio federal, de elección directa, universal y

secreta y de descentralización política, y por ende, de posibilidad de participación política.

Lo que se ha anunciado es, en definitiva, como se ha dicho, la eliminación de todos los cuerpos representativos y electos mediante sufragio directo, universal y secreto, de orden municipal y estatal.¹⁶⁰ En el nivel estatal, por lo también anunciado, lo que habrá serían ciertas "ciudades federales" o confederaciones regionales de concejos comunales, cuyos conductores serían, de nuevo, personas designadas también a dedo, por los Consejos Comunales que se controlan por la Comisión Presidencial del Poder Popular.

Y en cualquier momento, como se dijo, podría venir la propuesta de eliminar la propia Asamblea Nacional como órgano representativo nacional con diputados electos mediante sufragio universal directo y secreto, y establecer en su lugar una Asamblea Nacional del Poder Popular (confederación nacional de consejos comunales), que sería la cúspide del Poder Popular, integrada por "representantes" designados por las ciudades federales y de agrupaciones regionales de los Consejos Comunales; todos, por supuesto, debidamente controlados desde la cúspide, con el mecanismo del partido único. Todo está anunciado.

Por último, debe mencionarse que el Presidente de la República, en las reformas constitucionales que ha anunciado y prometido desde 2006, está la incorporación en la Constitución de la posibilidad de reelección presidencial indefinida, es decir, de su decisión de perpetuarse en el poder. Esa reelección, por supuesto, no estaría montada sobre un sistema democrático de elección directa, universal y secreta, sino que se trataría de una elección de "segundo" o "tercer" grado efectuada por la confederación nacional del Poder Popular que sería la Asamblea Nacional del Poder Popular. Es decir, en la cúspide del Poder Popular estaría como Presidente del Consejo de gobierno del Poder Popular la misma persona que lo controle, pero no porque sea elegido reincidente e ilimitadamente mediante sufragio universal, directo y secreto por el pueblo, sino porque siempre sería designado como tal, por las estructuras del Poder Popular, cuya voluntad confluiría finalmente en la Asamblea Nacional del Poder Popular, para designarlo para presidir tanto el Consejo de gobierno del Poder Popular como el Partido Único.

Para comenzar la configuración de este esquema de organización estatal, en enero de 2007, el Presidente de la República ya ha comenzado a cambiarle el nombre y sentido a la propia estructura organizativa de la Administración Pública, denominando formalmente a todos los Ministerios y Ministros del Ejecutivo nacional como "del Poder Popular".

Lo cierto es que en líneas generales, ese fue el sistema establecido para asegurar la dictadura del proletariado por los Soviets en la Unión Soviética a partir de 1918 y el esquema del poder popular establecido en Cuba, donde la Asamblea Popular es la que designa un Consejo de Estado o de gobierno el cual, a la vez, siempre elige a una misma persona para presidirlo.

160 V. la reseña sobre lo expuesto por el Presidente de la República: "Chávez: Empecemos a raspar alcaldes y gobernadores", *El Nacional*, 29-01-2007, p. A2.

En conclusión, se trata de un esquema de organización del Estado y del Poder que implica la eliminación completa de la democracia representativa de sufragio directo, universal y secreto, y su sustitución por una supuesta democracia directa, de elección indirecta, es decir, de supuesto ejercicio directo de la soberanía por el pueblo, y de elección indirecta de representantes incluida la jefatura del Estado.

New York, febrero 2007.

§4. LECCIONES DE LA CRISIS POLÍTICA DE LA DEMOCRACIA VENEZOLANA *

(Ciudad de México, abril 2005)

La crisis de la democracia venezolana en las últimas décadas, en lugar de haber conducido al perfeccionamiento de la misma haciéndola más representativa y más participativa, en realidad lo que muestra es el paso de una democracia centralizada de partidos hacia una democracia igualmente centralizada, pero plebiscitaria, poco representativa y nada participativa.

En efecto, es bien sabido que durante la segunda mitad del Siglo XX, particularmente a partir de los sesentas, en Venezuela se desarrolló un sistema político democrático de conciliación de las élites políticas representadas por los partidos políticos. A ellos y a su liderazgo se debió la construcción de dicho régimen político democrático pluralista y centralista, en el cual los partidos tuvieron completa preponderancia.

Sin embargo, después de dos décadas (1960-1980) de ejercicio democrático montado sobre el centralismo de Estado y el centralismo democrático de los propios partidos, estos no supieron entender, ni conservar ni perfeccionar su obra. Democratizado el país de América Latina que para comienzos de los sesenta quizás era el que menos tradición democrática tenía, se requería reestructurar la democracia para hacerla más representativa de las nuevas fuerzas democrática que emergían y hacerla más participativa¹⁶¹. Esta incomprensión originó la crisis de la democracia en una doble vertiente: crisis de representatividad y crisis de participación¹⁶².

Los partidos políticos que desarrollaron un monopolio de la representación política (sólo a través de ellos y en sus listas electorales generalmente cerradas y bloqueadas, es que se podía ser elegido para integrar los cuerpos representativos), progresivamente comenzaron a dejar de representar al país, representándose sólo a sí mismos. Los partidos, incluso, aplicado las medidas populistas que imponían los tiempos y que permitían los recursos públicos disponibles para distribuir, progresivamente se pusieron de espaldas al país y a las demandas populares, haciéndose sus

* Versión escrita de la exposición del autor en la Mesa Redonda sobre *Lecciones de la Crisis Política Venezolana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Ciudad de México, 20-04-2005. *Se han agregado referencias bibliográficas en los puntos pertinentes, exclusivamente relativas a trabajos del autor.*

161 V. Allan R. Brewer-Carías, *Cinco siglos de historia y un país en crisis*, (Estudio para el Discurso de Orden en la Sesión Solemne de las Academias Nacionales el día 7 de agosto de 1998 con motivo de la celebración del V Centenario de Venezuela), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comisión Presidencial V Centenario de Venezuela, Caracas 1998, 117 pp.

162 V. Allan R. Brewer-Carías, *La crisis de las instituciones: responsables y salidas*, Cátedra Pío Tamayo, Centro de Estudios de Historia Actual (mimeografiado) FACES, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1985, 40 pp; publicado también en *Revista del Centro de Estudios Superiores de las Fuerzas Armadas de Cooperación*, n° 11, Caracas 1985, pp. 57-83; y en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 64, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1985, pp. 129-155.

líderes impermeables a los reclamos del pueblo, cada vez más democratizado; y el pueblo dejó de sentirse representado por los partidos políticos.

Los partidos políticos, a partir de los ochenta, terminaron por aislarse en su propio juego político; manejaron con exclusividad al Estado y al juego democrático; y controlaron totalmente el Poder Público, cuya separación orgánica a veces se vio desdibujada o relativizada por los acuerdos expresos o tácitos entre los partidos¹⁶³.

Pero a la crisis de representatividad se sumó la crisis de participación política. El centralismo de Estado y el centralismo democrático de la organización de los partidos, redujo las posibilidades de participación política la cual solo era posible a través de los partidos, y además, mediante la sola opción electoral. La participación política se redujo entonces a las votaciones, las cuales progresivamente sintieron los embates de la abstención, de manera que después de una participación electoral que en los años setenta había estado en más del noventa por ciento de los electores, se pasó progresivamente a una abstención superior al cincuenta por ciento a finales de los noventa.

La crisis política de la democracia, esa crisis de representatividad y participación políticas, terminó de estallar en 1989 a las pocas semanas de la reelección mayoritaria de la segunda presidencia de Carlos Andrés Pérez, con una manifestación/rebelión popular violenta conocida como “El Carachazo”, que hizo tambalear al liderazgo partidista, imponiéndole la necesidad de abrir la democracia y sacarla fuera del exclusivo entorno de los partidos. Ello llevó a la rápida aprobación de reformas políticas tendientes a descentralizar el poder, lo que condujo ese mismo año a la elección directa de los Gobernadores de los Estados de la Federación (desde mitades del Siglo XIX eran designados por el Presidente de la República) y a la elección, por primera vez en la historia del régimen local, de la autoridad ejecutiva municipal (los Alcaldes), superándose el sólo gobierno colegiado (Concejos) municipal¹⁶⁴.

Pero las medidas reformistas, si bien de primera importancia, no fueron suficientes para conjurar la crisis, la cual tuvo una segunda señal de estallido con el intento de golpe de Estado de febrero de 1992, liderizado por el entonces Teniente Coronel Hugo Chávez Frías. La reacción del liderazgo partidista ante la crisis sólo condujo a la elaboración de un proyecto de reforma constitucional; y a la decisión de enjuiciar al Presidente Pérez con cargos de malversación; y nada más.

La consecuencia de la crisis y de la falta de respuesta democrática de los partidos, fue el inicio de la reacción de todos los actores políticos contra los partidos, en una especie de campaña de “todos contra los partidos”, la cual incluso fue liderizada por uno de los fundadores de los partidos históricos y de la propia democracia, Rafael Caldera, quien ahogando las posibilidades de emergencia de un nuevo liderazgo en su partido, ganó con precaria mayoría la elección presidencial de 1994. La crisis de los partidos y de la democracia llegó a su clímax durante esa segunda presidencia de Caldera, culminando en 1998 con una ausencia total de liderazgo político partidista.

163 V. Allan R. Brewer-Carías, *Problemas del Estado de partidos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, 340 pp.

164 V. Allan R. Brewer-Carías, “Bases legislativas para la descentralización política de la federación centralizada (1990: El inicio de una reforma)” en *Leyes y reglamentos para la descentralización política de la Federación*, Colección Textos Legislativos, n° 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1990, pp. 7-53.

Y ocurrió lo que tenía a ocurrir como consecuencia del vacío de liderazgo que provocaron los propios partidos: la emergencia de un nuevo liderazgo que representaba todo lo que era contrario a la democracia representativa de partidos, montado precisamente en un discurso contra los partidos y contra la misma democracia representativa; encubierto sin embargo por la palabra mágica de la “participación” o de la “democracia participativa” pero, en realidad, para acabar con la propia democracia.

Surgió, así, en el discurso político la falsa dicotomía entre democracia representativa y democracia participativa, lo que llegó hasta los foros internacionales (cuando se discutió por ejemplo el proyecto de Carta Democrática Interamericana en 2000), cuando tales términos no son dicotómicos. La democracia representativa, en realidad, a lo que se opone es a la democracia directa, no a la democracia participativa; y esta, la democracia de participación (de inclusión) a lo que se opone a la democracia de exclusión¹⁶⁵.

Pero se confundió una cosa con otra, y los ataque a la democracia representativa bajo la bandera de una supuesta democracia participativa, lo que implicaron fue un ataque contra el sistema democrático en si mismo. La confusión tuvo incluso sus influencias entre los expertos, quienes creyeron encontrar la solución a la crisis de representatividad con la consagración constitucional de todo tipo de referendos y asamblea de ciudadanos, como injertos de democracia directa, y todo en nombre de la participación democrática. La verdad es que tales mecanismos son útiles instrumentos de movilización popular, pero nada tienen que ver con la participación política, habiendo más bien contribuido a perfilar una democracia plebiscitaria en sustitución de la democracia de partidos.

En todo caso, el resultado de la crisis de la democracia centralizada de partidos, lejos de haber contribuido al perfeccionamiento de la democracia como régimen político haciéndola más representativa y más participativa, a lo que ha conducido es a agravar la crisis de representatividad y de participación democráticas, al haber eliminado el juego entre partidos, sustituyéndolos por la presencia de un solo líder que pretende tener una relación directa con el pueblo montada en un populismo rico que reparte sin control el ingreso petrolero, alimentando la ilusión participativa.

Este nuevo esquema político se originó a partir de 1998, como consecuencia de la toma de control del poder por la vía electoral, con una gran abstención, por las fuerzas políticas anti-partido que representaba Hugo Chávez Frías, electo Presidente. El instrumento que este utilizó para su configuración en medio de un discurso participativo, fue la Asamblea Nacional Constituyente¹⁶⁶, que fue convocada al margen de

165 Allan R. Brewer-Carías, “Democracia municipal, descentralización y desarrollo local” (Texto de la Conferencia Inaugural dictada en el XXVI Congreso Iberoamericano de Municipios, OICI, Valladolid 13 de octubre 2004), en *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, n° 11, Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid Julio Diciembre 2003, pp. 11-34.

166 V. Allan R. Brewer-Carías, “Reflexiones sobre la crisis del sistema político, sus salidas democráticas y la convocatoria a una Constituyente», en el libro *Los Candidatos Presidenciales ante la Academia*. Ciclo de Exposiciones 10-18 Agosto 1998, (Presentación y organización de la Edición Allan R. Brewer-Carías), Serie Eventos n° 12, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1998, pp. 9-66; y en *Ciencias de Gobierno* n° 4, Julio-Diciembre 1998, Gobernación del Estado Zulia, Instituto Zuliano de Estudios Políticos Económicos y Sociales (IZEPES), Maracaibo, Edo. Zulia, 1998, pp. 49-88. V. también, en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y ordenamiento constitucional*, Serie Estudios n° 53, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999.

la Constitución entonces vigente (1961)¹⁶⁷, y fue electa en 1999, habiendo quedado integrada por una abrumadora mayoría de seguidores del Presidente de la República, quien la controló directa y férreamente.

Fue esa Asamblea Nacional Constituyente la que durante los meses finales de 1999 dio un golpe de Estado contra la Constitución de 1999 y contra todos los poderes constituidos¹⁶⁸, asumiendo un poder constituyente originario que no tenía conforme al referendo de abril de 1999 que le había dado nacimiento¹⁶⁹, interviniendo indiscriminadamente todos los poderes públicos, como el Congreso que había sido electo unos meses antes, y el Poder Judicial en todos sus niveles¹⁷⁰; y lo peor de todo, con la anuencia de la Corte Suprema de Justicia de entonces, la cual con ello, refrendaría su propia condena de muerte¹⁷¹. La Asamblea Nacional Constituyente de 1999, por tanto, lamentablemente no fue un instrumento de conciliación política y de recomposición consensual del orden político, sino más bien, un instrumento exclusivista para el control total del poder¹⁷². El resultado de su labor fue la sanción de la Constitución de 1999¹⁷³, la cual envuelta en un discurso participativo y anti-partido, se caracteriza por ser una Constitución autoritaria que como lo expresamos al sancionarse, es el resultado de la combinación de un sistema de concentración del poder, de centralización del Estado, de sistema presidencial exacerbado, de estatismo extremo en paralelo al marginamiento de la sociedad civil, de populismo petrolero y de militarismo inusitado¹⁷⁴. En particular, la quiebra de los principios de la separación orgánica de poderes y de la distribución vertical del poder que contiene¹⁷⁵, ha permitido que bajo su manto se haya desarrollado el sistema de democracia centralizada y plebiscitaria que existe en el país.

167 V. Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la inconstitucional de la convocatoria a Referéndum sobre una Asamblea Nacional Constituyente, efectuada por el Consejo Nacional Electoral en febrero de 1999” en *Revista Política y Gobierno*, Vol. 1, n° 1, enero-junio 1999, Caracas 1999, pp. 29-92

168 V. Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, UNAM, México 2002.

169 V. 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.

170 V. nuestros votos salvados a las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente), Tomo III (18 octubre-30 noviembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

171 Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, UNAM, México 2002.

172 V. 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.

173 V. Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, 2 tomos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004.

174 V. Allan R. Brewer-Carías, “Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999”, en Diego valadés y Miguel Carbonell, *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, Universidad Nacional Autónoma de México-Cámara de Diputados. LVII Legislatura, México 2000, pp. 171-193.

175 V. Allan R. Brewer-Carías, “La opción entre democracia y autoritarismo”, en Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América* (con una *Biblio Verbi Grafia* del autor), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 41-59. V. Allan R. Brewer-Carías, *Constitución, Democracia y control del*

Ese sistema se caracteriza, en efecto, en primer lugar, por la marginalización de los propios partidos políticos del mismo texto constitucional. En la Constitución, incluso, desapareció la palabra “partido político”; se prohibió el financiamiento público de las organizaciones con fines políticos; se prohibieron las fracciones parlamentarias de partidos; se dispuso el voto conciencia de los diputados prohibiéndose las instrucciones de voto; e incluso se limitó la posibilidad de acuerdos entre partidos para la elección de los altos funcionarios de los Poderes Públicos no electos popularmente (Poder Judicial, Poder Ciudadano, Poder Electoral), al regularse la necesidad de sendos Comités de Postulaciones para dichos cargos, integrados por representantes de los diversos sectores de la sociedad.

Todo ello, sin embargo, en la práctica no rige: el Presidente de la República es el jefe de su propio partido político, básicamente de carácter aluvional y electoral; controla férreamente la Asamblea Nacional donde de hecho dirige su grupo parlamentario que impone una disciplina de voto nunca antes conocida; y a través de esos instrumentos, en última instancia ha designado a los magistrados del Tribunal Supremo y a los titulares de los otros órganos del Estado¹⁷⁶. Para ello se dictaron las necesarias leyes que desdibujaron los Comités de Postulaciones, los cuales han quedado convertidos en simples “Comisiones parlamentarias ampliadas”, férreamente controladas por el poder¹⁷⁷.

El militarismo constitucional se desarrolló en la práctica, perfilándose incluso, cada vez más, a las Fuerza Armada como el verdadero partido del Presidente de la República: un “partido militar” que incluso comienza a montarse sobre milicias (reservistas) que alimentarán la democracia plebiscitaria.

La segunda característica del régimen de democracia plebiscitaria es la progresiva concentración del Poder Público, con la quiebra del principio de la división o separación de poderes a pesar de que el Poder Público, incluso, ha sido objeto de una penta división entre el Ejecutivo, el Legislativo, el Judicial, el Ciudadano y el Electoral. La Constitución repite una y otra vez que dichos poderes son independientes, pero lo cierto es que dicha independencia ha quedado lesionada al atribuirse a la Asamblea Nacional la posibilidad de remover a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, a los miembros del Consejo nacional Electoral y a los titulares de los órganos del Poder Ciudadano (el Fiscal General de la República, el Contralor General de la República y el Defensor del Pueblo). El solo hecho de que el poder político por excelencia pueda remover a los titulares de los otros poderes públicos es

Poder, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales (CIEPROL), Consejo de Publicaciones/Universidad de Los Andes/Editorial Jurídica Venezolana, Mérida 2004 .

176 Allan R. Brewer-Carías, *La crisis de la democracia en Venezuela (La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril se 2002)*, Ediciones Libros El Nacional, Caracas 2002.

177 Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004” en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto 2005, pp.33-174; y 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.

lo contrario a su independencia, lo que se ha visto corroborado en la práctica política¹⁷⁸.

El esquema de penta división del poder, en realidad, a lo que ha conducido en la práctica es a un sistema de concentración total del poder, el cual se encuentra totalmente controlado por el Presidente de la República a través del control que ejerce sobre la Asamblea Nacional. Por ello, por ejemplo, cerca del 90% de los jueces son provisorios y, por tanto, por definición, dependientes del poder. El artífice institucional de dicha concentración del poder, lamentablemente, ha sido el Tribunal Supremo de Justicia, y en particular su Sala Constitucional, órgano al cual ha correspondido cohesionar, con interpretaciones constitucionales todas las violaciones constitucionales cometidas por los otros órganos de los poderes públicos.

Por último, la tercera característica del régimen plebiscitario desarrollado al amparo de la Constitución de 1999 es el de la acentuación del centralismo de Estado, el cual, con una fachada “federal descentralizada” ha centralizado aún más el poder a nivel nacional, ahogando progresivamente toda posibilidad real de participación política en los Estados y Municipios¹⁷⁹.

Ese centralismo de Estado se ha configura por los siguientes aspectos: En primer lugar, por la eliminación del Senado, y por tanto, de la Cámara federal que era la única institución en la cual los Estados podrían ser iguales.

En segundo lugar, por la inusitada limitación de la autonomía de los Estados de la Federación al establecerse que la organización de su Poder legislativo (Consejos Legislativos) se debe regular en una ley nacional y no en las Constituciones estatales, así como su Poder Ejecutivo, que se rige por las leyes nacionales relativas a la Administración Pública y a la Función Pública. El legislador nacional, además, ha regulado en una ley nacional a las Contralorías de los Estados y la forma de elección del Contralor; y a los consejos regionales de planificación, lo que constitucionalmente correspondía a los Estados¹⁸⁰.

Y en tercer lugar, por la previsión de la posibilidad de que la autonomía de los municipios se limite por ley nacional o estatal, lo cual rompe con el principio de la distribución vertical del Poder Público.

Por lo demás, el Municipio, en la Constitución de 1999 y en la práctica legislativa, sigue estando tan lejos del ciudadano que no permite la participación política. Y sobre esto se impone una precisión, ya que el discurso político participativo de la democracia plebiscitaria, en realidad es lo más centralista y anti-participativo que se

178 Allan R. Brewer-Carías, *Constitución, Democracia y control del Poder*, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales (CIEPROL), Consejo de Publicaciones/Universidad de Los Andes/Editorial Jurídica Venezolana. Mérida, octubre 2004.

179 Allan R. Brewer-Carías, *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva)*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, n° 7, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 2001, 187 pp

180 Allan R. Brewer-Carías, “La ‘Federación Descentralizada’ en el marco de la centralización de la Federación en Venezuela. Situación y perspectivas de una contradicción constitucional” (Conferencia, en el Seminario Internacional sobre Federalismo y Regionalismo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM y Tribunal Supremo del Estado de Puebla. Puebla, México 12 al 14 de Noviembre 2003), 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. 111-143

pueda imaginar, confundiendo engañosamente los instrumentos de democracia directa con la participación política. Se ha pretendido, además, sustituir a las propias autoridades locales con la creación de Consejos y demás asambleas, todas dirigidas desde el centro, haciendo creer que el ciudadano participa.

En efecto, participar es ser parte de, es pertenecer a, es tomar parte en, es en fin, asociarse con; y todo ello sólo es posible para el ciudadano cuando el poder está descentralizado. La democracia es, por tanto participación, y ella solo es posible cuando hay efectiva descentralización del poder; por ello no hay autocracias descentralizadas y sólo las democracias se descentralizan. La participación, por ello, es de la esencia de la democracia, al punto de que en las democracias desarrolladas no se plantea el tema de la participación como ocurre en América latina. Y es que acaso nos hemos preguntado ¿Porqué, en Europa, por ejemplo, no se clama por la participación como sucede en nuestros países? ¿Es que acaso las democracias europeas no son participativas?¹⁸¹

El tema no se plantea en Europa porque desde Revolución francesa allí se descubrió qué es la participación política en democracia, cuando se materializó el grito revolucionario de que en cada pueblo, en cada villa, en cada burgo debía haber un Municipio. De ello resultaron los 40.000 municipios franceses que hoy en día son 36.560. La participación, por ello, es consustancial a la de democracia europea, porque tiene lugar realmente a nivel local, que es donde el ciudadano puede ser parte del poder, cotidianamente, y donde puede ser tomado en cuenta. Por ello, por ejemplo, allí están también, los 3.000 municipios suizos, los 8.097 municipios españoles y los 8.086 municipios italianos. Pero lo importante, por supuesto, no es el número de entidades locales, sino la relación habitante/municipio: en Francia es de 1.590; en Suiza es de 2.319; en España es de 4.817 y en Italia es de 7.044 habitantes por municipio. En contraste, por ejemplo, en México hay 2.418 municipios con un promedio de 40.116 habitantes por municipio y en Venezuela sólo hay 338 Municipios, con un promedio de más de 70.000 habitantes por municipio. ¿Por qué será, por tanto, que otros países son más democráticos y participativos que los nuestros, donde precisamente, no se clama tanto por la participación política como ocurre en los nuestros?¹⁸²

Lo que es cierto es que la participación política no se satisface con injertar instrumentos de democracia directa en la democracia representativa satanizando a esta última, como ha ocurrido con el reciente y falaz discurso “participativo”. Ello puede ser y es un útil instrumento de perfeccionamiento de la democracia, pero con ello no se puede dar por satisfecha la necesidad de participación política, y menos aún, cuando por ejemplo, un referendo revocatorio como el realizado en Venezuela después de muchas dificultades en 2004 para revocarle el mandato al Presidente de la

181 Allan R. Brewer-Carías, “Democracia municipal, descentralización y desarrollo local”, en *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, nº 11, Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid Julio Diciembre (2003) 2004 pp.11-34.

182 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*, Caracas 2001, pp. 105-141243-253

República, fue convertido por las propias autoridades electorales en un referendo “ratificatorio”, parte, por tanto, del juego plebiscitario¹⁸³.

Lo cierto en todo caso, es que en los últimos años, la democracia venezolana a pasado de ser una democracia centralizada representativa de partidos, donde un grupo de partidos relativamente competitivos conducía con alternabilidad el juego democrático; a ser una democracia centralizada plebiscitaria, donde el control del poder lo tiene una sola persona, apoyada cada vez más por los militares, que utiliza un solo partido sin vocación de alternabilidad, creando una ilusión de participación popular con el reparto sin control de la riqueza petrolera mediante programas gubernamentales (“misiones”) de corte social, que no están basados precisamente en la promoción del trabajo y en la generación de empleo.

Esa democracia plebiscitaria es, sin duda, menos representativa y menos participativa que la tradicional democracia representativa de partidos que el liderazgo político democrático no supo conservar, y que está conduciendo progresivamente a la propia desaparición de la misma democracia como régimen político, que es mucho más que elecciones y referendos tal como la define la Carta Democrática Interamericana.

Ciudad de México, 20 de abril de 2005.

183 Allan R. Brewer-Carías, “El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela: 2000-2004” en *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, Tomo V, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica 2004. pp. 167-312; y en *Revista Jurídica del Perú*, Año LIV, n° 55, marzo-abril. Lima 2004. pp. 353-396.

CAPÍTULO III
SOBRE EL PODER JUDICIAL Y
SU AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA

§5. LA CUESTIÓN DE LEGITIMIDAD: ¿CÓMO ESCOGER LOS JUECES DE LAS CORTES SUPREMAS? LA DOCTRINA EUROPEA Y EL CONTRASTE LATINOAMERICANO*

(Berlín, noviembre 2005)

Exposición oral

Allow me to begin by thanking Juliane Kokott, Cheryl Saunders, Ingolf Pernice and all the other organizers of these Colloquium and Round Table, for the invitation to participate in it.

It is an honor, particularly for a Latin American Law Professor to be here with all of you in this very important event.

But additionally, in my case, this invitation has had a very important personal and political effect that I am obliged to mention, because it has coincidentally allowed me to be out of reach of a political prosecution initiated last week against me, in my own country, Venezuela, because of my legal opinion contrary to the authoritarian regime we unfortunately have.

While traveling to attend this Colloquium, I have been indicted of political conspiracy to supposedly trying to change violently the Constitution of my own Country, of course, with the only weapon I have ever had, as you all, my pen and my freedom of speech.

The main reason for the indictment is to have given a legal opinion three years ago, in April 12th 2002, which was asked me as a lawyer after the official announcement of the resignation of the Venezuelan President, opinion that inclusive was contrary to what the political actors of the moment intended to do, violating the Constitution.

It is of course, a political prosecution initiated against all kind of opposition, including the intellectual or academic one. That is why as past president of the Political and Social Sciences Academy I have been indicted, together with the past President of the Supreme Court of Justice of my country and other Colleges.

In such authoritarian regime, of course, nothing can be said about the question of legitimacy regarding the procedure of choosing the Supreme Court Justices, all of which in Venezuela, had been appointed because of their political subjection to the regime; of course in violation of what is formally set fourth in the Constitution.

In my case, additionally to the violations of the most elemental due process of law rules, in such a regime no perspective of a free and just trail can be expected, when

* Ponencia para el simposio sobre *The Future of the European Judicial System. The Constitutional Role of European Courts*, 6th International European Constitutional Law Network-Colloquium/International Association of Constitutional Law-Round Table, 2-4 November 2005, Berlin, Germany. El texto de la Ponencia en castellano está en las páginas 83 ss.

the 90% of judges are provisionally appointed and so, are dependent ones. That is why, at this moment -and is very sad to say it- my freedom and liberty are at risk, so that the actual perspective is that I will not be able to return immediately to my country. In the mean time, I will be in New York, luckily hoping to work close to the Law School of Columbia University.

Thus, as you can realize the practical and coincidental effect of your invitation is that it has allowed me to be a free man. So thank you all again, particularly for your solidarity.

I am sorry for the surprise, but I feel I had to tell you about this situation.

*

Now to our subject, regarding the question of legitimacy as it refers to the selection and designation of Supreme Court Judges, question related to the political method established to ensure not only the professional competence of judges, but mainly their independence and autonomy.

The question is to guarantee the selection of judges based on objective criteria without outside or political influence and their independence and autonomy, so that they will be able to decide solely based on the law.

To put it succinctly, using the expression of my remembered friend, Louis Favoreu, the question of legitimacy is a matter of determining how Judges will accomplish their “duty of lack of gratitude”; that is to say, to guarantee that the appointees will not be burdened with any sense of gratitude toward the State organ that had selected them; so that when the time arrives they will be able to rule autonomously and independently against the interest of such body.

This question, of course, as I already mentioned, can only be raised in democratic systems of government based on the rule of law and on the principle of the separation of powers, in which the independence and autonomy of the judicial branch of government can only be ensured.

Of course, the question can also be analyzed from the point of view of the democratic origin of judges when directly elected by citizens. But this approach, which places emphasis on the elected origin of judges, in my opinion, does not focus on the essence of the judicial function: that judges must be independent of the other branches of government and when deciding cases they must not be subject to pressures so that they can decide only according to law. Citizen election of judges does not ensure such independence and autonomy or the objective criteria for the selection. Additionally, in those systems in which lower court judges are popularly elected, such elections have been questioned, precisely because they do not ensure that the most suitable candidates will be elected to guarantee the right of citizens to be tried by an independent and impartial tribunal, as guaranteed by the Constitution.

The topic of the legitimacy of the selection of judges, including the selection of Supreme Court justices, has been addressed in Europe specifically by international entities and bodies specialized in the functioning of the Judicial Branch in a democratic society, which have formulated overall valid principles and recommendations on the matter.

I must mention, for instance, the *Judges' Charter in Europe* adopted in 1993 by the *European Association of Judges*, in which it was set forth the principle that:

The selection of judges must be based exclusively on objective criteria designed to ensure professional competence. Selection must be performed by an independent body which represents the judges. No outside influence and, in particular, no political influence must play any part in the appointment of judges¹⁸⁴.

Similar recommendation can be found in the Committee of Ministers of the Council of Europe's, *Recommendation n° R (94) 12 to the Member States on the Independence, Efficiency and Role of judges*, of 1994; and in the same Council of Europe's *European Charter on the Statute of Judges*, adopted in Strasbourg in 1998.

From all these documents it can be deduced that the general European doctrine regarding the selection of judges, is that it must be based exclusively on objective criteria, performed by an independent body (mainly from the government and the administration), which must represent the judges, in order to avoid outside influence, particularly political influence in the appointment of judges.

It is not for me, as a Latin American professor to analyze the European system. Instead, I have deemed it more appropriate, from a comparative constitutional law point of view the attempts made in Latin American constitutionalism to ensure that legitimacy of the appointment of judges.

In this matter, it can be said that in Latin America everything has been attempted, but not always with the desirable practical success.

So five methods can be distinguished for the appointment of Supreme Court justices:

The first one tends to arrange the appointment of Supreme Court justices with the participation of all the branches of government, in order to avoid the predominance of one branch over the others. Such is the case of the Dominican Republic where this is done through a Council of the Judiciary, which is a body integrated exclusively by the head of all Branches of government and with the sole purpose of making the appointments. This method can also be found as regards the appointment of the judges of the Constitutional Courts as is the case of Guatemala, Chile, and Ecuador in which is also accomplished with the exclusive participation of all the branches of Government.

The second most common method for the designation of Supreme Court judges in Latin America, following the general trend of the presidential systems of governments, attributes the power to designate Supreme Court justices to the President of the Republic, but always with the intervention in some way of the Parliament or Congress, as in the case of Panama, or of the Senate, as in the case of Argentina, Brazil, and Chile.

In some cases, as has occurred in Argentina, it has been through executive decisions that a self-restraint regulations on presidential powers has been imposed, set-

184 See the text in Stefanie Ricarda Roos and Jan Woischnik, *Códigos de ética judicial. Un estudio de derecho comparado con recomendaciones para los países latinoamericanos*, Konrad Adenauer Stiftung, Programa de Estado de Derecho para Sudamérica, Montevideo 2005, p. 77.

ting conditions not only to be fulfilled by the nominees related for instance to their commitment to democracy and to the defense of human rights; but also allowing citizens, individually or collectively, to express their points of view or objections with respect to the appointment to be made.

The third method adopted in the majority of the Latin American countries, as a counterbalance regarding the presidential system of government, consist in attributing the power to appoint the Supreme Court Judges to the Legislative Branch, or to Congress or just to the Senate.

When attributed to Congress, such power can be exercised only and exclusivity by it, as occurs in Costa Rica, Nicaragua and Uruguay and also in Bolivia and Peru (regarding the Constitutional Court Justices); or can also be exercise with the intervention of an independent body such as a Council of the Judiciary, as is the case of Supreme Court justices in Bolivia and El Salvador. In other countries the parliamentary appointment of Supreme Court Justices is made with the intervention of independent bodies integrated only with representatives of citizens' organizations, as is the case of Guatemala and Honduras, and as could have been the case of Venezuela. Nonetheless, unfortunately, in Venezuela, the statute enacted in 2002 in order to regulate such independent body, changed the constitutional principles creating just a parliamentary commission, precisely which the Constitution wanted to avoid. The result was that the statute was challenged on judicial review for its unconstitutionality, but the same Supreme Court, deciding in its own case, simply concluded that the Constitution could not be applied in that occasion to the appointment of its own members.

Regarding the appointment the Supreme Court justices by the Senate, such power is always exercised with the intervention of another body: with the intervention of other Judicial entity as is the case of the Constitutional Court in Colombia; or by means of a proposal from the President of the Republic as is the case of Mexico. The same occurs in Paraguay where the Senate appoints the Supreme Court justices but from a proposal submitted by the Council of the Judiciary, with the agreement of the Executive Branch.

The fourth method, adopted only in Peru, attributes the power to appoint Supreme Court Justices to an independent body in charge of conducting the Judiciary; body which is integrated not only by representatives of the Supreme Court and the Board of Supreme Prosecutors, but also by members of the country's Bar Association, members of other Professional Associations in the country, as well as the chancellors of national and private universities.

Finally, the fifth method for the appointment of Supreme Court justices that can be found in Latin America is the cooption system (appointments by the Court itself), a long-standing tradition in Colombia which now is carried out on the basis of a proposal submitted by the Superior Council of the Judiciary. This system has been established in a unique form also in Ecuador, where it is an exclusive attribution of the Supreme Court. It is an ideal method, but one that in practice has proven its virtual inoperability in political crises, to the point that during almost the all current year of 2005, Ecuador simply has lacked of a Supreme Court.

It is clear that anything can be tried in an attempt to ensure the legitimacy of the method for the appointment of Supreme Court justices and guarantee the Court's

independence and autonomy, but from the Latin-American experience, it is likewise clear that the sole constitutional formulas do not serve to achieve this purpose.

What is required, above all, is the political commitment of all of the political parties and organizations of a country to integrally distance the Judiciary from the political struggle. This can be said that has been achieved in Europe since the XIX Century; conversely, and unfortunately, it is a commitment not yet adopted in our countries.

Texto de la ponencia:

I. LA CUESTIÓN DE LA LEGITIMIDAD: EL OBJETIVO O EL ORIGEN DEL PROCESO DE SELECCIÓN DE LOS JUECES

El tema de la legitimidad en relación con la escogencia y la designación de los jueces de la Corte Suprema, sin duda, busca analizar el método que se utiliza para tal fin; pero en nuestro criterio, ello puede analizarse bajo dos ángulos.

En primer lugar, se puede plantear el tema del método de la escogencia o selección de los jueces de la Corte Suprema teniendo en cuenta el fin perseguido en una sociedad democrática regida por el principio de la separación de poderes, que no es otro que asegurar la independencia y autonomía del Poder Judicial. Bajo este ángulo, la cuestión de la legitimidad de la escogencia y designación de los jueces de la Corte Suprema, por tanto, se plantea desde el punto de vista teleológico, con el objeto de analizar los diversos métodos a fin de determinar en qué forma y con qué efectividad, desde su origen, los mismos sirven para garantizar que los jueces, al impartir justicia, sean independientes de los demás poderes del Estado y además, autónomos en el sentido de que decidan con sujeción sólo y estricta a la ley, libres de presiones o de intereses políticos.

En segundo lugar, el tema también se puede plantear desde el punto de vista del origen democrático de la elección de los jueces, de manera de determinar si los mismos son designados por elección popular directa o en primer grado, o indirecta. En este caso, la cuestión de la legitimidad de la escogencia y designación de los jueces de la Corte Suprema, se plantea desde el punto de vista del origen democrático de la misma, con el objeto de determinar cuán representativos son, es decir, su legitimidad democrática, incluso para poder juzgar la actuación de los otros órganos del Estado de origen democrático.

Este último enfoque, al poner énfasis en el origen de la escogencia y no en la finalidad de la misma, en nuestro criterio, debe ser desechado, pues el tema del origen más o menos democrático de la escogencia, sin desmerecer sus bondades políticas, no apunta a lo que es la esencia de la función judicial, que es sin duda la independencia de los jueces respecto de las otras ramas del poder público; y que en la decisión de los casos deben estar exentos de presiones, de manera de poder decidir los casos sólo sometidos a la ley.

En este sentido, la elección popular de los jueces no asegura dicha independencia y autonomía, como tampoco la asegura la sola elección de los mismos por el órgano legislativo representativo (legitimidad democrática indirecta). Por ello estimamos que la cuestión de la “legitimidad democrática” en esta materia, en el mundo contemporáneo, ocupa una posición secundaria en la materia.

Por otra parte, en general no hay ejemplos de sistemas en los cuales los jueces de la Corte Suprema sean electos por votación popular; y por lo demás, en los sistemas en los cuales los jueces de niveles inferiores son electos en tal forma, si bien se puede considerar que la selección podría ser más democrática y transparente, la misma ha sido cuestionada precisamente por considerarse que no asegura la idoneidad de los candidatos electos para asegurar el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por

tribunales independientes e imparciales como lo garantizan los textos constitucionales.

Por ello, incluso, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre los Estados Unidos de Norte América, desde 1979 ha expresados sus preocupaciones sobre la conveniencia de la elección de jueces en determinados Estados de la Unión; y ha aplaudido “los esfuerzos de varios Estados en la adopción de un sistema de selección por méritos” y, de igual forma, ha recomendado “que se reconsidere el sistema de designación de jueces mediante elecciones con miras a su ejemplazo por un sistema de designación basado en méritos por un órgano independiente”¹⁸⁵.

Sin embargo, se insiste, cualquiera que sea el método que se adopte de elección de los jueces de las Cortes Supremas, el tema de la legitimidad tiene que apuntar a lo esencial del poder judicial: como es la garantía de independencia y autonomía de los jueces, lo que no se obtiene con la sola elección popular, pues en la misma no se puede garantizar la idoneidad del electo.

Por ello, en el Memorando Explicativo de la Carta sobre el Estatuto de los Jueces, el Consejo de Europa, a pesar de la aplicabilidad general del principio 2.2 de la Carta (sobre las condiciones de educación y experiencia previa que deben exigirse para ejercer funciones judiciales) se ha reconocido que “muchas disposiciones de la Carta son inaplicables en sistemas donde los jueces son electos directamente por los ciudadanos”.

En definitiva, lo que se requiere para considerar legítima la selección de los jueces, es que el método que se adopte para ello asegure su independencia, autonomía e imparcialidad. Para ello, se deben implementar métodos de escogencia de los jueces que garanticen, *primero*, que los jueces se designen de manera transparente mediante estrictos criterios de selección, basados en el mérito; y *segundo*, que tal designación se haga de manera de asegurar la independencia, autonomía e imparcialidad del juez, sea cual sea el órgano o cuerpo llamado a hacer la elección.

II. LA DOCTRINA Y LOS PRINCIPIOS EUROPEOS Y EL CONTRASTE LATINOAMERICANO

El tema de la legitimidad de la escogencia de los jueces, lo que comprende la escogencia de los jueces de la Corte Suprema, se ha planteado en Europa, en particular por las entidades y cuerpos internacionales especializados en relación con el funcionamiento del poder Judicial en una sociedad democrática, los cuales han formulando principios y recomendaciones de validez general.

En tal sentido, por ejemplo, la carta de los Jueces en Europa de la Asociación Europea de Jueces adoptada en 1993 estableció el Principio de que:

La selección de los jueces debe basarse exclusivamente en criterios objetivos destinados a asegurar la competencia profesional. La selección debe realizarse por un órgano independien-

¹⁸⁵ Concluding Observations of the Human Rights Committee on the United States of America, UN document CCPR/C/79/Add.50; A/50/40 paras. 266-304, paras 288 y 301. Véase las referencias en Comisión Internacional de Juristas, *International Principles on the Independence and Accountability of Judges, lawyers and prosecutors. A Practicioners' Guide*, 2004, p. 49

te que represente a los jueces. En la designación de los jueces no debe haber la influencia externa y en particular, la influencia política¹⁸⁶.

De ello deriva el principio o recomendación general, de que el método de selección de los jueces debe apuntar a que la misma se haga por un órgano independiente de los órganos del Estado, en particular del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, que además represente a los jueces en general, lo que implica que en tal proceso no debe haber influencias políticas o de cualquier índole.

Por su parte, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en la Recomendación N° R (94) 12 dirigida a los Estados Miembros *sobre la Independencia, Eficiencia y Papel de los jueces*, adoptada en 1994, estableció en el *Principio I, 2,c*, que:

Todas las decisiones concernientes a la carrera profesional de los jueces debe basarse en criterios objetivos, y la selección y carrera de los jueces debe basarse en méritos, teniendo en cuenta para las calificaciones, su integridad, habilidad y eficiencia. La autoridad encargada de tomar las decisiones sobre selección y carrera de los jueces debe ser independiente del gobierno y de la administración. A los efectos de salvaguardar dicha independencia, deben establecerse reglas para asegurar, por ejemplo, que sus miembros sean electos por la Judicatura y que la autoridad pueda decidir por sí misma, conforme a sus reglas procedimentales.

El principio general que deriva de esta recomendación, en cuanto al método de selección, es que la misma se haga por un órgano independiente del gobierno y la administración (Poder Ejecutivo); agregando que en aquellos casos en los cuales las provisiones o tradiciones constitucionales o legales permitan la designación de los jueces por el gobierno, entonces,

[...] debe haber garantías para asegurar que el procedimiento para la designación de los jueces sea transparente e independiente en la práctica, y que la decisión se esté influenciada por ningún otro motivo que no sean los relacionados con los antes mencionados criterios objetivos. Estas garantías pueden ser, por ejemplo, una o más de las siguientes:

- i. Un órgano especial e independiente con competencia para dar al gobierno consejos que sean seguidos en la práctica;
- ii. El derecho de los individuos de apelar contra las decisiones por ante una autoridad independiente;
- iii. La autoridad que tome las decisiones debe estar salvaguardada de indebidas e impropias influencias¹⁸⁷.

El mismo Comité de Ministros adoptó un Memorando Explicatorio de la Recomendación N° R (94) 12, en el cual insistió en que “es esencial que la independencia de los jueces esté garantizada cuando sean seleccionados y a lo largo de su carrera profesional” y que, “en particular, cuando la decisión de nombrar los jueces se adopte por un órgano que no sea independiente del gobierno o de la administración, por ejemplo, por el parlamento o el Presidente del Estado, es importante que tales decisiones se tomen solo sobre la base de criterios objetivos”, agregando lo siguiente:

Aunque las recomendaciones proponen un sistema ideal para los nombramientos judiciales, se ha reconocido (véase sub-párrafo 2) que un número de Estados miembros del Consejo de Europa ha adoptado otros sistemas, frecuentemente incorporando al gobierno, al parla-

186 V. el texto en Stefanie Ricarda Roos y Jan Woischnik, *Códigos de ética judicial. Un estudio de derecho comparado con recomendaciones para los países latinoamericanos*, Konrad Adenauer Stiftung, Programa de Estado de Derecho para Sudamérica, Montevideo 2005, p. 77.

187 V. en *Idem*, p. 80.

mento o al jefe de Estado. La recomendación no propone que se cambien esos sistemas, que han estado en operación por décadas o centurias y que en la práctica han funcionado bien. Pero también en Estados donde los jueces son formalmente nombrados, debería haber algún sistema mediante los cuales el procedimiento para los nombramientos de los jueces sean transparentes e independientes en la práctica. En algunos Estados, esto se asegura mediante un órgano especial e independiente con competencia para dar consejo al gobierno, al parlamento o al jefe de Estado, que se siguen en la práctica, o estableciendo la posibilidad para la persona interesada de apelar de la decisión. Otros Estados han optado por sistemas que implican consultas con la Judicatura, aun cuando la decisión formal se adopte por un miembro del gobierno.

No se consideró apropiado tratar explícitamente en el texto de la recomendación con los sistemas donde los nombramientos se hacen por el presidente del parlamento, aun cuando el Comité fue de la opinión que el principio general en cuanto al nombramiento debe aplicarse también a dichos sistemas.

Un aspecto importante para asegurar que las personas sean nombradas como jueces es entrenando abogados. Los jueces profesionales deben tener entrenamiento profesional. Adicionalmente, el entrenamiento contribuye a la independencia judicial. Si los jueces tienen adecuado conocimiento teórico y práctico al igual que habilidades, ello significará que ellos podrán actuar más independientemente en relación con la administración, y si lo desean, pueden cambiar a la profesión legal sin necesidad de tener que seguir siendo jueces¹⁸⁸.

En la misma línea conceptual, cuatro años después, en 1998, el Consejo de Europa adoptó en Estrasburgo, la Carta Europea del Estatuto de los Jueces, en la cual se incorporaron los siguientes principios:

1. Principios Generales: 1.3. Respecto de cada decisión que afecte la selección, reclutamiento, nombramiento, progreso en la carrera o terminación de las funciones de un juez, el estatuto planea la intervención de una autoridad independiente respecto de los poderes Ejecutivo y Legislativo, en la cual al menos la mitad de sus miembros deben ser jueces electos por sus pares siguiendo métodos que garanticen una amplia representación de la Judicatura.

2. Selección, reclutamiento, entrenamiento inicial. 2.1. Las reglas del estatuto relativas a la selección y reclutamiento de los jueces por un cuerpo o panel independiente, basan la escogencia de los candidatos en su habilidad para resolver libremente las materias legales que se les planteen, y para aplicar la ley a los mismos respetando la dignidad individual.

En el Memorando Explicativo de la Carta sobre el Estatuto de los Jueces, el Consejo reconoció que a pesar de la aplicación general del principio 2.1, “muchas de las provisiones de la carta son inaplicables en sistemas donde los jueces son directamente elegidos por los ciudadanos”, haciendo énfasis en lo siguiente:

1.3. La Carta prevé la intervención de un cuerpo independiente del Ejecutivo y del Legislativo cuando se requiera una decisión sobre la selección, reclutamiento o nombramiento de los jueces, sobre el desarrollo de su carrera o la terminación de su oficio.

El texto de esta provisión busca cubrir la variedad de situaciones, desde la mera formulación de una opinión otorgada a un órgano ejecutivo o legislativo hasta la efectiva decisión por un órgano independiente.

Aquí deben tenerse en cuenta ciertas diferencias en los sistemas nacionales. Algunos países encontrarán difícil aceptar a un órgano independiente que sustituya al órgano político responsable de los nombramientos. Sin embargo, sería una buena iniciativa, si no una obligación, que se requiriera al menos una recomendación o una opinión de un órgano independiente. En el espíritu de la Carta, las recomendaciones y opiniones de un órgano independiente no cons-

188 *V. Idem.*, pp. 87-88.

tituye garantía de que las mismas en general serán seguidas en la práctica. La autoridad política o administrativa que no siga las recomendaciones u opiniones al menos debe estar obligada a hacer saber las razones de ello.

El texto de esta previsión de la Carta también permite al órgano independiente intervenir sea con una opinión directa, una opinión oficial, una recomendación, una propuesta o una decisión efectiva.

Por supuesto, la cuestión de la legitimidad en la intervención de un órgano independiente para la escogencia de los jueces, también tiene relación con los miembros del órgano independiente y la forma de su escogencia. En este aspecto, la Carta establece que:

Al menos la mitad de los miembros del órgano deben ser jueces electos por sus pares, lo que significa que no quiere ni permitir que los jueces sean una minoría en el órgano independiente ni que se requiera que sean la mayoría. En vista de la variedad de las concepciones filosóficas y los debates en los Estados Europeos, la referencia a un mínimo del 50% de los jueces surge como capaz de asegurar un alto nivel de salvaguarda respecto de cualquier otra consideración de principios que prevalezcan en diferentes sistemas nacionales.

La Carta establece que los jueces que sean miembros del órgano independiente deben ser electos por sus pares, sobre la base de que el requisito de la independencia del órgano evita la elección o nombramiento de sus miembros por autoridades políticas que pertenezcan al Ejecutivo o al legislativo.

Podría haber un riesgo de intervención político partidista en el nombramiento de los jueces conforme a ese procedimiento. Los jueces integrantes del órgano independiente están llamados, precisamente, a abstenerse de buscar el favor de los partidos políticos o de los órganos que son nombrados por o a través de tales partidos.

Finalmente, sin insistir en un sistema particular de votación, la carta indica que el método de elección de los jueces por éste órgano debe garantizar la más amplia representación de los jueces.¹⁸⁹

Como puede apreciarse, el tema de la legitimidad en cuanto a la selección de los jueces ha sido extensamente estudiado en Europa, y de allí los principios y recomendaciones mencionadas en relación con todos los jueces, los cuales también se pueden aplicar, por supuesto, en los casos de la escogencia de los jueces de las Cortes Supremas.

No me corresponde a mi, como jurista latinoamericano, formular recomendaciones o críticas a los sistemas europeos, por lo que para este *6th International ECLN-Colloquium/IADC Round table on The future of European Judicial Systems/The Constitutional Role of the Europeans Courts*, lo que me ha parecido más adecuado, desde el punto de vista del derecho constitucional comparado, es analizar los intentos desarrollados en el constitucionalismo latinoamericano para asegurar la legitimidad del nombramiento de los jueces no sólo de las Cortes Supremas sino de los Tribunales Constitucionales, los cuales, en general, y al contrario de lo que sucede en Europa, en el Continente Americano están integrados en el Poder Judicial.

En América Latina, en todo caso, se ha intentado de todo a los efectos de tratar de asegurar la legitimidad de la escogencia de los jueces de las Cortes o Tribunales Supremos, desde el punto de vista mencionado de asegurar la independencia e imparcialidad de la justicia. Ello incluso se ha hecho, regulándose el tema directamente

189 V. *Ibidem*. pp. 101-102.

en las Constituciones de todos los países, es decir, “en el nivel normativo del más alto nivel”, como lo recomienda la *Carta Europea sobre el Estatuto de los Jueces del Consejo de Europa* (1. Principios Generales. 1.2) y su Memorando Explicativo (1.2), aún cuando no siempre con los éxitos deseados.

De acuerdo a lo antes expuesto, los sistemas constitucionales de América Latina pueden clasificarse según que la designación de los jueces de las Cortes Supremas i) se haga con la participación de todos los órganos del Estado; ii) se atribuya al Presidente de la República, con intervención siempre del parlamento o del Senado; iii) se haga directamente por el órgano legislativo, en pleno, o por el Senado, como es el caso de algunos sistemas bicamerales, con intervención, incluso de órganos independientes; iv) se atribuya a un Consejo de la magistratura; o v) se realice mediante mecanismos de cooptación por la propia Corte.

Esta variedad de métodos de selección se han regulado en las Constituciones, generalmente para legitimar la escogencia desde el punto de vista de asegurar la independencia y autonomía de los jueces; sin embargo, en muchos casos, sea por errada legislación o por la práctica política, no siempre han logrado los resultados perseguidos por el constituyente. En todo caso, a continuación analizaremos todos estos sistemas, en la teoría y en la práctica, a los efectos de determinar hasta qué punto aseguran efectivamente su independencia y autonomía.

III. LA DESIGNACIÓN DE LOS MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA POR LOS DIVERSOS ÓRGANOS DE LOS PODERES PÚBLICOS

En América latina, solamente en la República Dominicana, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia son designados con la participación de las diversas ramas del Poder Público. Este método, en realidad, busca garantizar que ninguna de dichas ramas del Poder Público tenga predominio sobre las otras en la designación, pero en sí mismo no garantiza efectivamente la escogencia con base en méritos de los jueces, para asegurar su independencia y autonomía.

Lo mismo ocurre en el caso de algunos Tribunales Constitucionales, concebidos en las Constituciones como órganos jurisdiccionales autónomos, no integrados en el Poder Judicial; casos en los cuales para la designación de sus integrantes se exige la intervención y participación de los órganos de los diversos poderes del Estado. Con ello, sin duda, particularmente por el control de constitucionalidad que ejercen, se busca resguardar el equilibrio de los poderes, y asegurar la autonomía necesaria para cumplir dicho control. Es el caso de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, del Tribunal Constitucional de Chile y del Tribunal Constitucional de Ecuador.

1. La designación por los órganos del Estado a través de un Consejo de la Magistratura: la Corte Suprema de Justicia de República Dominicana

De acuerdo con lo que establece el artículo 64 de la Constitución de la República Dominicana, la Suprema Corte de Justicia se compondrá de por lo menos 11 Jueces, los cuales son designados por el Consejo Nacional de la Magistratura, el cual no es un órgano estatal permanente, sino un órgano concebido únicamente con la función

de hacer dichas designaciones. Dicho Consejo Nacional de la Magistratura no se regula en la Constitución dominicana, como ocurre en otros países donde se lo concibe como el órgano de gobierno y administración del Poder Judicial.

Este Consejo Nacional de la Magistratura, está integrado por 7 miembros, en la forma siguiente:

1. El Presidente de la República, quien lo preside; y en ausencia de éste, lo preside el Vicepresidente de la República, y a falta de ambos, el Procurador General de la República.
2. El Presidente del Senado y un Senador escogido por el Senado que pertenezca a un partido diferente al partido del Presidente del Senado;
3. El Presidente de la Cámara de Diputados y un Diputado escogido por la Cámara de Diputados que pertenezca a un partido diferente al partido del Presidente de la Cámara de Diputados;
4. El Presidente de la Suprema Corte de Justicia; y
5. Un Magistrado de la Suprema Corte de Justicia escogido por ella misma, quien fungirá de Secretario.

La Ley N° 169-97, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, al regular dicho organismo, establece fundamentalmente el procedimiento que debe seguirse para la selección de los magistrados, así:

En cuanto a las candidaturas, dispone que la presentación de las mismas es “absolutamente libre, y se podrá realizar tanto por instituciones como por personas físicas dentro de los plazos y de acuerdo con las formalidades establecidas por el Consejo Nacional de la Magistratura (art. 12). Los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura también pueden proponer, por su parte, los candidatos que juzguen pertinentes (art. 13); e incluso pueden a su vez ser propuestos como candidatos, en cuyo caso deben abstenerse de participar en la votación (art. 14).

En cuanto a la elección, el artículo 15 de la Ley dispone que una vez propuestas las candidaturas a Jueces de la Suprema Corte de Justicia, el Consejo Nacional de la Magistratura puede convocar a los candidatos para ser evaluados en los diversos aspectos que juzgue conveniente; y además, puede someter a vistas públicas las candidaturas, teniendo facultad de indagar todas las circunstancias que considere oportunas para recabar el parecer de instituciones y ciudadanos.

Depuradas las candidaturas, el Consejo debe proceder a su elección, la que se llevará a efecto por un mínimo de cuatro (4) votos favorables de los miembros presentes (art. 16); debiendo los Jueces electos prestar juramento ante el mismo Consejo.

El Consejo de la Magistratura, además, al elegir los Jueces de la Suprema Corte de Justicia, debe disponer cuál de ellos deberá ocupar la Presidencia y debe designar un primero y un segundo sustituto para reemplazar al Presidente en caso de falta o impedimento.

2. La designación de los integrantes de los Tribunales Constitucionales en Chile, Guatemala y Ecuador

A. Competencia exclusiva de los órganos del Estado: Tribunal Constitucional de Chile

En Chile, conforme a la reforma constitucional de 2005, los 10 magistrados del Tribunal Constitucional, conforme al artículo 81 de la Constitución, deben ser nombrados para un mandato de 9 años, así:

Tres (3) magistrados son elegidos por el Presidente de la República sin control interorgánico; debiendo realizar dicha elección en forma sucesiva y escalonada en el tiempo, cada tres años.

Cuatro (4) magistrados son elegidos por el Congreso nacional: 2 elegidos por el Senado de la República por mayoría de dos tercios de sus miembros en ejercicio, y otros 2 elegidos a propuesta de la Cámara de Diputados. El Senado debe elegir los 4 miembros, por los dos tercios de sus miembros en ejercicio, en votaciones sucesivas, en sesiones especialmente convocadas al efecto; y

Tres (3) magistrados elegidos por la Corte Suprema, de fuera de dicha Corte, por mayoría absoluta y en votaciones sucesivas y secretas.¹⁹⁰

B. La designación por los órganos del Estado y por representaciones de la sociedad civil: Corte de Constitucionalidad de Guatemala

En Guatemala, desde 1965 se estableció una Corte de Constitucionalidad la cual en su origen no tenía carácter permanente, de manera que se integraba cada vez que se ejercía una acción de inconstitucionalidad con magistrados de la Corte Suprema y de otras cortes de apelaciones y cortes contencioso administrativo.

Con la reforma constitucional de 1985, la Corte de Constitucionalidad se reguló como jurisdicción permanente para la defensa del orden constitucional, integrada por 5 magistrados, designados en la siguiente forma:

Un (1) por el pleno de la Corte Suprema de Justicia;

Un (1) por el pleno del Congreso de la República;

Un (1) por el Presidente de la República en Consejo de ministros;

Un (1) por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala; y

Un (1) por la Asamblea del Colegio de Abogados.

190 V. Humberto Nogueira, *Justicia y tribunales constitucionales en América del Sur*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, p. 137

C. La competencia del Congreso Nacional, sujeta a propuestas de los órganos del Estado y de representaciones de la sociedad civil: el Tribunal Constitucional de Ecuador

En Ecuador, conforme al artículo 130 de la Constitución, corresponde al Congreso Nacional nombrar a los 9 vocales del Tribunal Constitucional, y sus suplentes, quienes desempeñarán sus funciones durante 4 años y podrán ser reelegidos art. 275, Constitución).

El Congreso Nacional hará las designaciones por mayoría de sus integrantes, de la siguiente manera:

Dos (2) vocales de ternas enviadas por el Presidente de la República.

Dos (2) vocales de ternas enviadas por la Corte Suprema de Justicia, de fuera de su seno.

Dos (2) vocales elegidos por el Congreso Nacional, que no ostenten la dignidad de legisladores.

Un (1) vocal de la terna enviada por los alcaldes y los prefectos provinciales.

Un (1) de la terna enviada por las centrales de trabajadores y las organizaciones indígenas y campesinas de carácter nacional, legalmente reconocidas; y

Un (1) de la terna enviada por las Cámaras de la Producción legalmente reconocidas.

La ley de Control de Constitucionalidad de 1997 reguló en particular el procedimiento para la integración de las ternas a que se refieren los tres últimos incisos.

IV. LA DESIGNACIÓN POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA CON INTERVENCIÓN DEL PODER LEGISLATIVO

Algunas Constituciones latinoamericanas atribuyen la facultad de designar a los magistrados de las Cortes Supremas al Presidente de la República, pero siempre, con la intervención, en alguna forma, del cuerpo legislativo. Es el caso de Panamá, Argentina, Brasil, Chile.

1. Designación por el Presidente de la República con el acuerdo de la Asamblea legislativa: el caso de Panamá

En Panamá, la Constitución dispone que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, deben ser nombrados para un período de diez años, por acuerdo del Consejo de Gabinete, que es la reunión del Presidente de la República, quien lo presidirá, o del encargado de la Presidencia, con los Vicepresidentes de la República y los Ministros de Estado (arts. 194 y 195,2), con sujeción a la aprobación de la Asamblea Legislativa (art. 200).

2. Designación por el Presidente de la República con el acuerdo del Senado

A. El Tribunal Supremo Federal y el Tribunal Superior de Justicia de Brasil

En cuanto al Tribunal Supremo Federal del Brasil, compuesto por 11 miembros, escogidos de entre ciudadanos con más de 35 años y menos de 65 años de edad, “de notable saber jurídico y reputación reconocida”; deben ser nombrados por el Presidente de la República, después de aprobada la propuesta por la mayoría absoluta del Senado Federal (art. 101).

Por lo que se refiere al Superior Tribunal de Justicia, compuesto por 33 Ministros, los mismos también deben ser nombrados por el Presidente de la República, de entre los brasileros con mas de 35 años y menos de 65 años, “de notable saber jurídico y reputación reconocida”, después de aprobada la propuesta por el Senado Federal.

Sin embargo, en este caso, es necesario que un tercio de los mismos se escojan de entre jueces de los Tribunales Regionales Federales, un tercio de entre “desembargadores” de los Tribunales de Justicia, indicados en la lista elaborada por el propio Tribunal; y otro tercio, en partes iguales, de entre abogados y miembros del Ministerio Público Federal, Estadual, del Distrito Federal y de los Territorios, alternadamente.

B. La autolimitación de la atribución presidencial en el caso de Argentina

En Argentina, el Poder Legislativo se atribuye a un Congreso bicameral, por lo que la intervención del órgano legislativo en la designación de los magistrados de la Suprema Corte de la nación, corresponde al Senado.

En efecto, el artículo 99,4 de la Constitución dispone como atribución del Presidente de la Nación, el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema “con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto”. Estos requisitos de quórum y de sesión pública en cuanto a la intervención del Senado, fueron introducidos en la reforma constitucional de 1994¹⁹¹.

El Presidente de la Nación se ha autolimitado en el ejercicio de su atribución¹⁹², a cuyo efecto ha dictado el Decreto N° 222/2003 de 19 de junio de 2003, mediante el cual estableció un procedimiento para el ejercicio de la facultad, disponiendo un “Marco normativo para la preselección de candidatos para la cobertura de vacantes”.

El procedimiento se dictó al considerar pertinente el Presidente que el ejercicio de su facultad fuera reglamentada “estableciendo parámetros a tener en cuenta para mejor selección del candidato propuesto de modo que su designación contribuya de modo cierto en aporte a un efectivo mejoramiento del servicio de justicia”, ateniendo además, a “los requisitos relativos a la integridad moral e idoneidad técnica y el

191 V. Carlos María Bidegain, “La provisión de vacantes de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la nación”, *Anales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Anticipo Año XXV, n° 38, la Ley, Buenos Aires, 2000.

192 V. Julio Rodolfo Comadira, “Selección de jueces y control judicial”, *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni-Editores, Buenos Aires, n° 2004-1, pp.22 y ss.

compromiso con la democracia y la defensa de los derechos humanos que el o los postulantes deben reunir”.

A tal efecto, para el mejor cumplimiento de esas finalidades se consideró “conveniente posibilitar, con la conformidad expresa de quien o quienes resulten motivo de solicitud de acuerdo, la acreditación de aspectos relativos a su trayectoria profesional y académica, los compromisos públicos y privados que tuvieren, la concurrencia de los requisitos establecidos en la Ley de Ética de la Función Pública y del cumplimiento de sus respectivas obligaciones impositivas”; a la vez que “crear los mecanismos que permitan a los ciudadanos, individual o colectivamente, a los colegios y a las asociaciones que agrupan a sectores del ámbito profesional, académico o científico de que se trata, a las organizaciones no gubernamentales con interés y acciones en el tema, hacer conocer en forma oportuna sus razones, puntos de vista y objeciones que pudieran tener respecto del nombramiento a producir”.

Como consecuencia, el decreto estableció el procedimiento para el ejercicio de su facultad por el Presidente con la finalidad última de que “la preselección de candidatos para la cobertura de vacantes en la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un marco de prudencial respeto al buen nombre y honor de los propuestos, la correcta valoración de sus aptitudes morales, su idoneidad técnica y jurídica, su trayectoria y su compromiso con la defensa de los derechos humanos y los valores democráticos que lo hagan merecedor de tan importante función” (art. 2).

Se dispuso, así, que producida una vacante en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un plazo máximo de 30 días, se debe publicar en el Boletín Oficial y en por lo menos 2 diarios de circulación nacional, durante 3 días, el nombre y los antecedentes curriculares de la o las personas que se encuentren en consideración para la cobertura de la vacancia” lo que también debe informarse en la página oficial de la red informática del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos (Art. 4).

Las personas incluidas en la publicación mencionada, deben presentar “una declaración jurada con la nómina de todos los bienes propios, los de su cónyuge y/o los del conviviente, los que integren el patrimonio de la sociedad conyugal, y los de sus hijos menores, en los términos y condiciones que establece el artículo 6° de la Ley de Ética de la Función Pública N° 25.188 y su reglamentación”. Además, deben adjuntar otra declaración “en la que incluirán la nómina de las asociaciones civiles y sociedades comerciales que integren o hayan integrado en los últimos 8 años, los estudios de abogados a los que pertenecieron o pertenecen, la nómina de clientes o contratistas de por lo menos los últimos 8 años, en el marco de lo permitido por las normas de ética profesional vigentes, y en general, cualquier tipo de compromiso que pueda afectar la imparcialidad de su criterio por actividades propias, actividades de su cónyuge, de sus ascendientes y de sus descendientes en primer grado, ello con la finalidad de permitir la evaluación objetiva de la existencia de incompatibilidades o conflictos de intereses”(art. 5).

El artículo 6 del Decreto permite a los ciudadanos en general, las organizaciones no gubernamentales, los colegios y asociaciones profesionales, las entidades académicas y de derechos humanos, el que en un plazo de 15 días a contar desde la última publicación en el Boletín Oficial, puedan presentar al Ministerio mencionado, “por escrito y de modo fundado y documentado, las posturas, observaciones y circunstancias que consideren de interés expresar respecto de los incluidos en el proceso de

preselección, con declaración jurada respecto de su propia objetividad respecto de los propuestos”.

Además, en el mismo lapso se puede requerir opinión a organizaciones de relevancia en el ámbito profesional, judicial, académico, social, político y de derechos humanos a los fines de su valoración (art. 7) y se debe recabar a la Administración Federal de Ingresos Públicos, “preservando el secreto fiscal, informe relativo al cumplimiento de las obligaciones impositivas de las personas eventualmente propuestas” (art. 8).

En un plazo que no debe superar los 15 días a contar desde el vencimiento del establecido para la presentación de las posturas u observaciones, haciendo mérito de las razones que abonaron la decisión tomada, el Poder Ejecutivo Nacional dispondrá sobre la elevación o no de la propuesta respectiva; y en caso de decisión positiva, es que se debe enviar al Senado, el nombramiento respectivo.

C. La Corte Suprema de Justicia de Chile y las propuestas provenientes de listas elaboradas por el Poder Judicial

De acuerdo con el artículo 75 de la Constitución de Chile, los 21 ministros de la Corte Suprema son nombrados por el Presidente de la República, eligiéndolos de una nómina de (5) cinco personas que, en cada caso, propondrá la misma Corte, y con acuerdo del Senado.

Este adoptará los respectivos acuerdos por los dos tercios de sus miembros en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto.

Si el Senado no aprobare la proposición del Presidente de la República, la Corte Suprema deberá completar la quina proponiendo un nuevo nombre en sustitución del rechazado, repitiéndose el procedimiento hasta que se apruebe un nombramiento.

Cinco de los miembros de la Corte Suprema deberán ser abogados extraños a la administración de justicia, tener a lo menos quince años de título, haberse destacado en la actividad profesional o universitaria y cumplir los demás requisitos que señale la ley orgánica constitucional respectiva.

La Corte Suprema, cuando se trate de proveer un cargo que corresponda a un miembro proveniente del Poder Judicial, formará la nómina exclusivamente con integrantes de éste y deberá ocupar un lugar en ella el ministro más antiguo de Corte de Apelaciones que figure en lista de méritos. Los otros cuatro lugares se llenarán en atención a los merecimientos de los candidatos. Tratándose de proveer una vacante correspondiente a abogados extraños a la administración de justicia, la nómina se formará exclusivamente, previo concurso público de antecedentes, con abogados que cumplan los requisitos señalados en el inciso cuarto.

V. DESIGNACIÓN POR EL ÓRGANO LEGISLATIVO

1. Competencia exclusiva del Poder Legislativo

A. La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

Conforme a los artículos 121,3 y 157 de la Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa, nombrar los 22 Magistrados propietarios y suplentes de la Corte Suprema de Justicia.

Sólo en cuanto a los Magistrados suplentes, se establece en la Constitución que la Asamblea Legislativa nombrará no menos de 25 Magistrados suplentes escogidos entre la nómina de 50 candidatos que le presentará la Corte Suprema de Justicia (art. 164).

En cuanto a los Magistrados principales, el procedimiento para la elección de los mismos por la Asamblea, se inicia ante la Comisión Permanente Especial de Nombramientos que establece el Reglamento de la Asamblea (arts. 84, 85), la cual tiene a su cargo evaluar inicialmente a los candidatos al cargo de Magistrados.

Los candidatos pueden postularse ante la Comisión, la cual debe avisar a través de los medios de comunicación a los interesados en participar, quienes pueden hacer llegar su candidatura a la Comisión. Luego esta debe hacer una audiencia oral y pública en la cual se entrevista a los postulantes, y posteriormente se elabora una *recomendación* al Plenario legislativo de los 5 candidatos (al menos dos de los cuales deben ser mujeres) mejor calificados.

Sin embargo, tal recomendación no es vinculante y la Asamblea puede nombrar libremente a cualquiera que reúna los requisitos, aun cuando no haya participado en el concurso previo.

En particular, la Asamblea Legislativa, mediante Acuerdo N° 6209-04-05, adoptado en la Sesión N° 87 del 14 de octubre de 2004¹⁹³ estableció el siguiente Procedimiento de Elección de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, compuesto de dos rondas, a saber:

Primera Ronda: En esta se realizarán tres votaciones: En las primeras dos votaciones participan los candidatos que consideren los diputados y diputadas. En la tercera votación de esta primera ronda sólo podrán participar los candidatos que hayan obtenido cinco o más votos.

Segunda Ronda: En esta se realizarán cinco votaciones. En la primera votación podrán participar los señores diputados y señoras diputadas con los nombres que consideren oportunos. En la segunda votación participarán los candidatos que hayan obtenido uno o más votos en la votación anterior. En la tercera votación sólo participarán los candidatos que hayan obtenido diez o más votos en la anterior votación. En la cuarta votación sólo podrán participar los candidatos que hayan obtenido quince o más votos en la anterior votación. En quinta votación sólo podrán participar los dos candidatos que tuvieron mayor cantidad de votos en la anterior votación.

En cada votación si solo un candidato obtuvo el número de votos estipulado para participar en la siguiente votación se cierra la ronda de votaciones sin elección.

Será electo Magistrado el candidato que obtuviere por lo menos 38 votos efectivos.

193 *Gaceta* n° 215 de 03-11-2004

Si en este proceso ningún candidato alcanza los 38 votos efectivos o bien, sólo un candidato alcanzare el número de votos estipulados para participar en la siguiente votación, se pospondrá la votación por una semana, después de la cual se volverá a realizar el proceso aquí señalado.

Por último, la Comisión de Nombramientos está encargada de analizar, para rendir un informe, los nombramientos que el Plenario le remita.

B. El Tribunal Constitucional de Bolivia

Conforme al artículo 119 de la Constitución de Bolivia, el Tribunal Constitucional “es independiente y está sometido sólo a la Constitución”; está integrado por 5 Magistrados que conforman una sola Sala quienes son designados por el Congreso Nacional (sesión conjunta de las Cámaras de Diputados y Senadores), por dos tercios de votos de los miembros presentes.

La Ley del Tribunal Constitucional N° 1836, establece la posibilidad de que el Ministro de Justicia, los Colegios de Abogados y las Facultades de Derecho puedan presentar nóminas de candidatos a magistrados de la Corte Constitucional ante el Congreso (artículo 14).

C. El Tribunal Constitucional del Perú

De conformidad con el artículo 201 de la Constitución del Perú, el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución; es autónomo e independiente y se compone de 7 miembros elegidos por cinco años (Artículo 7° de la Ley N° 26.435 Orgánica del Tribunal Constitucional). Sus miembros son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.

El Congreso, en cada oportunidad en que debe hacer la elección, ha aprobado un reglamento, en el cual se reguló un concurso público, con información de los candidatos en la prensa, posibilidad de tachas y audiencias públicas por la Comisión respectiva.

D. La Corte Suprema de Justicia de Nicaragua

Tal como lo establece el artículo 163 de la Constitución, la Corte Suprema de Justicia esta integrada por 16 magistrados electos por la Asamblea Nacional, por un período de cinco años. Además, la Asamblea Nacional nombrará por cada magistrado a un Conjuetz.

E. La Corte Suprema de Justicia de Uruguay

En Uruguay, conforme a los artículos 234 y 236 de la Constitución, los 5 miembros de la Suprema Corte de Justicia son designados por la Asamblea General por dos tercios de votos del total de sus componentes.

La designación deber efectuarse dentro de los noventa días de producida la vacancia a cuyo fin la Asamblea General será convocada especialmente. Vencido dicho término sin que se ha realizado la designación, queda automáticamente designado como miembro de la Suprema Corte de Justicia el miembro de los Tribunales de Apelaciones con mayor antigüedad en tal cargo, y a igualdad de antigüedad en tal cargo, el que tenga más años en el ejercicio de la Judicatura o del Ministerio Público o Fiscal.

2. Competencia del órgano legislativo a propuesta de otro órgano estatal

A. La Corte Suprema de Bolivia: la designación por el Congreso a propuesta de un Consejo de la Judicatura

De acuerdo con el artículo 117, IV de la Constitución de Bolivia, los Ministros de la Corte Suprema son elegidos por el Congreso Nacional (reunión de las Cámaras de Senadores y Diputados), para un período de 10 años, por dos tercios de votos del total de sus miembros (arts. 59,20; y 68,12), de nóminas propuestas por el Consejo de la Judicatura, que es el órgano administrativo y disciplinario del Poder Judicial (arts. 116,1; 122,1; 123,1,1).

Conforme al artículo 122 de la Constitución el Consejo de la Judicatura, presidido por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, está integrado por cuatro miembros denominados Consejeros de la Judicatura, designados por el Congreso Nacional por el voto de dos tercios de sus miembros presentes, y desempeñan sus funciones por un período de diez años no pudiendo ser reelegidos sino pasado un tiempo igual al que hubiesen ejercido su mandato.

B. La designación por la Asamblea Legislativa a propuesta del Consejo Nacional de la Judicatura: El Salvador

En relación con El Salvador, el artículo 173 de la Constitución también dispone que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia deben ser elegidos por la Asamblea Legislativa y uno de ellos será el Presidente, quien a su vez será el Presidente del Órgano Judicial.

La ley determinará la organización interna de la Corte Suprema de Justicia, de modo que las atribuciones que le corresponden se distribuyan entre diferentes Salas.

Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia deben ser elegidos por la Asamblea Legislativa con el voto favorable de por lo menos los dos tercios de los Diputados electos (art. 186) para un período de 9 años, pudiendo ser reelegidos y se renovarían por terceras partes cada tres años.

La elección de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, se hará de una lista de candidatos, que formará el Consejo Nacional de la Judicatura en los términos que determinará la ley, la mitad de la cual provendrá de los aportes de las entidades representativas de los Abogados de El Salvador y donde deberán estar representados las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico.

Conforme al artículo 187 de la Constitución, el Consejo Nacional de la Judicatura es una institución independiente, “encargada de proponer candidatos para los cargos

de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia, Jueces de Primera Instancia y Jueces de Paz”. También tiene a su cargo, la organización y funcionamiento de la Escuela de Capacitación Judicial, cuyo objeto es el de asegurar el mejoramiento en la formación profesional de los jueces y demás funcionarios judiciales. Sus miembros son elegidos y destituidos por la Asamblea Legislativa con el voto calificado de las dos terceras partes de los Diputados electos.

3. Competencia del Congreso a propuesta de un cuerpo independiente de postulaciones

En algunos países se ha establecido que si bien la designación de los magistrados al Tribunal Supremo los designa el órgano legislativo, las Constituciones han buscado limitar la potestad discrecional y político de dicho órgano, exigiendo que la postulación o nominación de los candidatos, provenga de un órgano externo e independiente de la Asamblea, con representación de organizaciones de la sociedad civil. Es el caso de Guatemala y Honduras; y hubiera podido ser el caso de Venezuela de no ser por el fraude a la Constitución cometido por la Asamblea Nacional al regular la materia.

A. La Comisión de Postulaciones en Guatemala

De acuerdo con los artículos 214 y 215 de la Constitución de Guatemala, la Corte Suprema de Justicia se integra con 13 magistrados, incluyendo a su Presidente, electos por el Congreso de la República para un período de cinco años, de una nómina de 26 candidatos propuestos por una Comisión de Postulación, la cual está integrada de la siguiente manera:

1. Un representante de los rectores de las universidades del país, quien la preside;
2. Los decanos de las facultades de Derecho o Ciencias Jurídicas y Sociales de cada universidad del país;
3. Un número equivalente de representantes electos por la Asamblea General del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala; e
4. Igual número de representantes electos por los magistrados titulares de la Corte de Apelaciones y demás tribunales a que se refiere el artículo 217 de la Constitución.

La elección de candidatos requiere del voto de por lo menos las dos terceras partes de los miembros de la comisión.

En las votaciones tanto para integrar la Comisión de Postulación para la integración de la nómina de candidatos, no se aceptará ninguna representación.

B. La Junta Nominadora en Honduras

De acuerdo con los artículos 308 y 311 de la Constitución, los 15 Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, deben ser electos por el Congreso Nacional, con el

voto favorable de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, de una nómina de candidatos no menor de tres por cada uno de los Magistrados a elegir, que debe ser propuesta por una Junta Nominadora, integrada de la manera siguiente:

1. Un representante de la Corte Suprema de Justicia electo por el voto favorable de las dos terceras partes de los Magistrados; en sesión plenaria extraordinaria convocada para tal fin por el Presidente del Tribunal;
2. Un representante del Colegio de Abogados, electo en Asamblea; siguiendo el mismo procedimiento que se utiliza para la elección de su Junta Directiva Nacional;
3. El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos;
4. Un representante del Consejo Hondureño de la Empresa Privada (COHEP), electo en Asamblea; siguiendo el mismo procedimiento que se utiliza para la elección de su Junta-Directiva Nacional
5. Un representante de los claustros de profesores de las Escuelas de Ciencias Jurídicas, cuya propuesta se efectuará a través de la Universidad Nacional de Honduras (UNAH);
6. Un representante electo por las organizaciones de la sociedad civil; y
7. Un representante de las Confederaciones de Trabajadores.

La Junta Nominadora se encuentra regulada en el Decreto N° 140-2001 mediante el cual se sancionó la Ley Orgánica de la Junta Nominadora para la elección de candidatos a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se la concibió como “un órgano colegiado y deliberante, dotado de absoluta independencia y autonomía en sus decisiones” (art. 1); cuya “función única” es la preparación de la antes mencionada nómina de candidatos a Magistrados; y en cuya integración deben observarse “los principios de publicidad, transparencia, riguroso apego a la Ley, solemnidad ética, escogencia idónea, independencia y respeto a los principios democráticos”. La Ley exige, en todo caso, que “las autoridades y grupos sociales o gremiales de interés, están obligados a respetar la independencia de la Junta en todas sus decisiones”(art. 3). En las normas de esta Ley se establece la forma de designación de cada uno de sus miembros, correspondiendo a cada una de las organizaciones representadas ante la Junta Nominadora elegir un representante propietario y un suplente para integrar la Junta Nominadora; y además, un listado no mayor de 20 abogados a ser propuestos a la Junta Nominadora en pleno, acreditando en cada caso el cumplimiento de los requisitos del Artículo 309 de la Constitución de la República (art 15); en la siguiente forma:

Conforme al artículo 22 de esta Ley, corresponde a la Corte Suprema de Justicia proceder a la elección del miembro propietario y del suplente que le corresponde, para conformar la Junta Nominadora; y además, a la elaboración del listado de precandidatos a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en sesión plenaria extraordinaria convocada para tal fin por el Presidente del Tribunal Supremo o quien ejerza sus funciones, se requerirá el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, para adoptar estas resoluciones.

En cuanto al Colegio de Abogados de Honduras, este debe elegir el miembro propietario y suplente de la Junta Nominadora, así como los precandidatos que deben integrar el listado a ser presentado a dicha Junta Nominadora en Asamblea Extraor-

dinaria, que se debe celebrar siguiendo el mismo procedimiento que se utiliza para la elección de su Junta Directiva Nacional. (art. 23).

El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, debe acreditar un suplente, así como las propuestas de candidatos (art. 24).

El Consejo Hondureño de la Empresa Privada (COHEP), para seleccionar los miembros de la Junta Nominadora, debe convocar a una Asamblea Extraordinaria, que se celebrara, siguiendo el mismo procedimiento que se utiliza para la elección de su Junta Directiva Nacional. (art. 25)

En cuanto, a los Claustros de Profesores de las Facultades o Escuelas de Ciencias Jurídicas de las Universidades deben ser convocados por el Rector de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras (UNAN) y elegirán sus miembros de la Junta Nominadora y deben seleccionar el listado de precandidatos a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en asamblea única ad-hoc, con el voto favorable de la mayoría de los catedráticos presentes (art. 26).

Corresponde a la Secretaría de Estado en los Despachos de Gobernación y Justicia convocar públicamente a las organizaciones de la sociedad civil debidamente registradas, para una asamblea en la que elegirán sus representantes así como la nomina de precandidatos que presentarán. (art. 27)

En cuanto a las Confederaciones de Trabajadores, las mismas se deben organizar en asamblea extraordinaria de acuerdo con su normativa específica para proceder a la elección de su representante y sustituto ante la Junta Nominadora, así como para elegir la lista de personas propuestas para precandidatos a Magistrados (art. 28)

Conforme al artículo 312 de la Constitución, las organizaciones que integran la Junta Nominadora deberán ser convocadas por el Presidente del Congreso Nacional, a más tardar el 31 de octubre del año anterior a la elección de los Magistrados, debiendo entregar su propuesta a la Comisión Permanente del Congreso Nacional, el día 23 de enero como plazo máximo a fin de poder efectuar la elección el día 25 de enero.

Una vez presentada ante el Congreso nacional la propuesta con la totalidad de los Magistrados, se debe proceder a su elección. En caso de no lograrse la mayoría calificada para la elección de la nómina completa de los Magistrados, se debe efectuar votación directa y secreta para elegir individualmente los magistrados que faltaren, tantas veces como sea necesario, hasta lograr el voto favorable de las dos terceras partes.

Sin embargo, si una vez convocada la Junta Nominadora no efectuase propuestas, el Congreso Nacional debe proceder a la elección por mayoría calificada de la totalidad de sus miembros.

C. El Comité de Postulaciones Judiciales en Venezuela

Uno de los motivos principales que originó la crisis política de Venezuela de finales de los noventa y la necesidad de convocar una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, fue la reacción contra la democracia meramente representativa de partidos, buscando su perfeccionamiento con aspectos de democracia de participación.

Particularmente, la crítica al sistema de designación de los altos funcionarios públicos no electos por el Congreso, en concreto, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia que establecía la Constitución de 1961, y que le daba poder discrecional al Congreso y sus mayorías partidistas para ello, puede decirse que fue generalizada en el país, pues la queja se refería a la falta de participación de la sociedad civil y al monopolio que ejercían los partidos políticos representados en el Congreso, en dichas designaciones.

Por ello, en la Asamblea Nacional Constituyente se impuso en esta materia el principio de la participación sobre el principio de la representatividad, y si bien se le atribuyó a la Asamblea Nacional la competencia para designar a los titulares de los órganos no electos popularmente del Poder Público, la reforma más importante que se introdujo consistió en *quitarle a la Asamblea la potestad discrecional para hacer tales nombramientos*¹⁹⁴.

En concreto, la Constitución reguló una forma precisa de *participación activa de la sociedad*, consistente en atribuirle a unos Comités de Postulaciones la *potestad exclusiva* de hacer las postulaciones de candidatos ante la Asamblea Nacional, por lo que no se podrían formular postulaciones directamente ante la Asamblea Nacional ni ésta a su vez podría designar otras personas distintas a las postuladas por los Comités de Postulaciones.

Dichos Comités son órganos intermedios, algunos permanentes, que obligatoriamente deben estar integrados por *representantes de los diferentes sectores de la sociedad*, pues son órganos completamente diferentes e independientes de la Asamblea Nacional y de sus Comisiones y, en consecuencia, los representantes populares (diputados) no podrían formar parte de los mismos.

En efecto, en cuanto a la designación de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, el artículo 264 de la Constitución dispone que las postulaciones de candidatos sólo se pueden hacer ante un Comité de Postulaciones Judiciales, por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas a la actividad jurídica.

El Comité de Postulaciones Judiciales, conforme al artículo 270 de la Constitución, es un órgano asesor del Poder Judicial para la selección de los candidatos a magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, por lo que se trata de un órgano permanente que, además, debe asesorar a los Colegios Electorales Judiciales para la elección de los jueces de la jurisdicción disciplinaria. Este Comité de Postulaciones Judiciales debe estar integrado “por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la Ley” (art. 270)

Ahora bien, el procedimiento constitucional previsto para la designación de los magistrados del Tribunal Supremo, que debía ser regulado en la Ley, es el siguiente: El Comité, recibidas las postulaciones y “oída la opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano”. Este órgano, integrado por el Fiscal General de la República, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República (art. 273) debe efectuar “una segunda preselección que será presentada a la Asamblea Nacional, la cual hará la selección definitiva” (art. 264).

194 V. Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, UNAM, México, 2001.

Ahora bien, la Asamblea Nacional Constituyente, después de que la Constitución fue aprobada por referendo (15-12-99), dictó un Decreto sobre el Régimen Transitorio del Poder Público el 22 de diciembre de 1999¹⁹⁵, en el cual, entre otras disposiciones procedió a designar a los Magistrados del Tribunal Supremo *sin apegarse* a lo que venía de establecer la Constitución aprobada popularmente, e indicó que serían “de carácter provisorio” hasta tanto la Asamblea Nacional realizase las designaciones o ratificaciones definitivas *de conformidad con la Constitución* (art. 20).

Por tanto, la Asamblea Nacional electa en agosto de 2000 tenía el mandato Constitucional (tanto en virtud del texto expreso de la Constitución, como en virtud del Régimen Transitorio del 22 de diciembre de 1999 al cual el Tribunal Supremo reconocía rango constitucional) de designar a los magistrados en forma definitiva de conformidad con la Constitución y apegándose a su normativa.

Por supuesto, la forma de integración de los Comités de Postulaciones era esencial para que se aplicara la Constitución, por lo que la Asamblea Nacional estaba *obligada a llenar el vacío legal*, mediante una legislación que regulase los Comités de Postulaciones. Resultaba inadmisibles que la Asamblea Nacional pretendiera legislar, para no legislar, como sucedió con la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios del Poder Ciudadano y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia para el primer periodo constitucional de 14 de noviembre de 2000¹⁹⁶, que violó tanto los artículos 264, 270 y 279 de la Constitución, como los artículos 20 y 33 del Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente sobre Régimen de Transición del Poder Público, puesto que estas normas exigían que la Asamblea Nacional, una vez electa, debía realizar las designaciones definitivas de los altos funcionarios “de conformidad con la Constitución”.

La referida Ley Especial para la designación de los altos funcionarios públicos del Poder Judicial y del Poder Ciudadano, violó la Constitución al no organizar los Comités de Postulaciones que ésta exigía y en la forma cómo ésta lo exigía, integrados por representantes de los diversos sectores de la sociedad, y en cambio, sustituirlos por una “Comisión Parlamentaria” ampliada.

En efecto, la Ley Especial dispuso que la Asamblea Nacional para hacer las designaciones de los mencionados funcionarios públicos, entre ellos de los Magistrados del Tribunal Supremo, debía designar una “Comisión integrada por 15 diputados o diputadas, que actuará como Comisión de Evaluación de Postulaciones” (art. 3); la cual, una vez instalados sus miembros, debían seleccionar, “a través de mecanismos de consulta, una lista de 12 representantes de los diversos sectores de la sociedad, que presentará ante la Asamblea Nacional para que ésta proceda a designar, por mayoría absoluta, 6 representantes, quienes integrarán la Comisión y actuarán como miembros de la misma, con derecho a voz y voto” (art. 4).

Se dispuso, además, que “para hacer efectivos los principios de publicidad y participación de la ciudadanía”, la Comisión debía implementar “dichos mecanismos a través de consultas y participación de las comunidades”, para lo cual debía instrumentar “mesas de diálogo donde estén representados los diversos sectores de la sociedad y con las cuales se consultarán y evaluarán las postulaciones recibidas”

195 Publicado en *Gaceta Oficial* n° 37.105 de 22-12-00.

196 *Gaceta Oficial* n° 37.077 de 14-11-2000.

(art. 5). Esos representantes debían ser designados por la Comisión de listas que presentaran “las diversas organizaciones de la ciudadanía interesadas en participar en el proceso” (art. 6).

Las postulaciones recibidas para la designación de los integrantes de los Poderes Públicos Nacionales regulados en la ley debían ser objeto de consulta pública a los efectos de que se presentasen ante el Comité los respaldos u objeciones fundadas (art. 7).

Como resultado del proceso, la Comisión debía elaborar una lista de postulados para ser sometida a la consideración de la Asamblea Nacional, para la designación definitiva (art.9).

Basta leer dicha Ley Especial para evidenciar su inconstitucionalidad. Fue una burla a la Constitución y constituyó la confiscación del derecho constitucional a la participación política y de la democracia participativa garantizada en forma expresa en el Texto Constitucional como supuestamente sustitutiva de democracia representativa. Cuando correspondía hacerla realidad por primera vez mediante una legislación cumpliendo la Constitución, como implicaba un límite al poder hegemónico, ello se ignoró.

Como consecuencia de ello, mediante sendos Acuerdos¹⁹⁷ la Asamblea Nacional designó al Fiscal General de la República, al Defensor del Pueblo, al Contralor General de la República y a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, sin ajustarse a lo que disponían los artículos 264, 270 y 279 de la Constitución. La Asamblea Nacional, así, se había burlado de la Constitución, lo que incluso había llevado a la Defensora del Pueblo, antes de ser sustituida, a intentar una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la Ley Especial ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo¹⁹⁸.

En mayo de 2004, la Asamblea Nacional sancionó la muy esperada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia¹⁹⁹, con un texto mal estructurado y peor sistematizado, uno de cuyos objetivos era aumentar el número de los Magistrados de las Salas del Tribunal Supremo. En efecto, la Ley dispuso que la Sala Constitucional estaría integrada por 7 Magistrados y las Salas Político-Administrativa, de Casación Civil, de Casación Penal, de Casación Social y Electoral por 5 Magistrados cada una de ellas (Art. 2, párrafo 2º), elevándose así el número de Magistrados de 20 a 32. En esta forma, el gobierno, que controlaba la Asamblea a través del partido de gobierno cuyos directivos eran el propio Presidente de la República y sus Ministros, nombrando por simple mayoría a los Magistrados, podía controlar totalmente al Tribunal Supremo de Justicia.

Como consecuencia de este aumento de los Magistrados del Tribunal Supremo, la Asamblea Nacional de inmediato inició el proceso para su selección de candidatos a Magistrados, conforme a las previsiones de la nueva Ley Orgánica, que en materia

197 Publicados en *Gaceta Oficial* n° 37.105 de 22-12-00.

198 V. Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, UNAM, México 2001.

199 V. en *Gaceta Oficial* n° 37.942 de 20-05-2004. V. sobre dicha Ley, V. Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso-administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004.

de conformación del Comité de Postulaciones Judiciales, violaba abiertamente la Constitución y el derecho político a la participación en el mismo²⁰⁰.

En efecto, conforme a la Ley Orgánica, el Comité de Postulaciones Judiciales es un órgano asesor del Poder Judicial para la selección de los candidatos a Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia; e igualmente debe asesorar a los Colegios Electorales Judiciales para la elección de los jueces o juezas de la jurisdicción disciplinaria (Artículo 13, párrafo 1º). Dicho Comité de Postulaciones Judiciales, conforme al artículo 13, párrafo 2º de la Ley, debe ser designado por un período de 2 años, por mayoría simple de la Asamblea Nacional, “como máximo órgano representativo de la sociedad venezolana”.

Sin embargo, en lugar de estar integrado sólo y exclusivamente “por representantes de los diversos sectores de la sociedad” como lo exige la Constitución (Art. 270), la Ley Orgánica dispuso que esta integrado por “once (11) miembros principales, con sus respectivos suplentes, cinco (5) de los cuales serán elegidos del seno del órgano legislativo nacional, y los otros seis (6) miembros, de los demás sectores de la sociedad, los cuales se elegirán en un procedimiento público” (Art. 13, párrafo 2º). Los diputados a la Asamblea Nacional, sin embargo, por esencia, no pueden considerarse representantes de la sociedad civil, por lo que la Ley incurrió en una violación de la Constitución al constituir en realidad, una *Comisión Parlamentaria ampliada*.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 13, párrafo 5º de la ley, los miembros del Comité de Postulaciones Judiciales deben ser ciudadanos venezolanos, de reconocida honorabilidad y prestigio en el ejercicio de las funciones o profesión que ejerzan o les haya correspondido ejercer. Además, deben ser mayores de 35 años y no haber sido sometidos a ningún tipo de sanción administrativa, disciplinaria o penal.

La Asamblea Nacional debe designar a uno de los integrantes del Comité de Postulaciones Judiciales, como Presidente de dicho órgano (Art. 13, párrafo 2º), a quien corresponde convocar a las reuniones ordinarias y extraordinarias del Comité; así como elaborar la agenda que debe presentar a la consideración del Comité en la reunión correspondiente (Art. 13, párrafo 3º). Sin embargo, la Asamblea designó a un diputado para tal función.

El Comité de Postulaciones Judiciales se debe instalar al día siguiente de la última designación de sus miembros, y debe escoger de su seno un Vicepresidente, y fuera de él, un Secretario. Para sus deliberaciones requiere la presencia de la mayoría absoluta de sus integrantes, tomando sus decisiones con el voto favorable de la mayoría de los presentes (Art. 13, párrafo 6º).

Conforme al artículo 14, párrafo 4º, el Comité de Postulaciones Judiciales debe funcionar por el tiempo establecido en el artículo 13 de la Ley, siendo su sede la Asamblea Nacional. Sus gastos, de acuerdo con la misma norma, corren a cargo de la propia Asamblea, lo que confirma el carácter parlamentario de la “Comisión”. Los integrantes del Comité de Postulaciones Judiciales, sin embargo, dispone la

200 V. Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004”, en el libro: *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto 2005, pp. 33-174.

Ley, que no deben percibir remuneración alguna por el ejercicio de sus funciones, “salvo la dieta que se pagará para cubrir sus gastos a los representantes de la sociedad, provenientes de provincia que los integren”. El Comité de Postulaciones Judiciales debe dictar su Reglamento Interno de organización y funcionamiento.

Por último, el Comité de Postulaciones Judiciales tiene como función esencial, el seleccionar “mediante un proceso público y transparente, y atendiendo los requisitos exigidos constitucionalmente” a los candidatos a Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia que deban ser presentados al Poder Ciudadano para la segunda preselección, en los términos establecidos en el artículo 264 de la Constitución. El artículo 13, párrafo 4, además, limitó indebidamente la facultad constitucional del Poder Ciudadano al establecer que éste “deberá, en lo posible, y salvo causa grave, respetar la selección que provenga del Comité de Postulaciones Judiciales”.

En todo caso, ha sido conforme a esta Ley Orgánica y con un Comité de Postulaciones distorsionado como el anteriormente descrito, que se han designado a los magistrados del Tribunal Supremo, en fraude a la Constitución.

4. Designación por el Senado

A. De ternas presentadas por otras Jurisdicciones: la Corte Constitucional de Colombia

En el caso de la Corte Constitucional de Colombia, el artículo 173,6 de la Constitución le atribuye al Senado la facultad de elegir a los 9 magistrados de la Corte Constitucional que se determinan en la ley N° 5 de 1992 y la Ley 270, Estatutaria de la Administración de Justicia, para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (art. 239). En su integración se debe atender el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho; y no pueden ser nombrados magistrados de la Corte Constitucional quienes durante el año precedente a la elección, hayan ejercido los cargos de Ministro de Estado, Magistrado de la Corte Suprema o del Consejo de Estado. Los Magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos.

Conforme al artículo 44 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de 1996, a los efectos de la designación, el Senado debe escoger un magistrado de cada una de las tres ternas presentadas por el Presidente de la República; uno de cada una de las tres ternas presentadas por la Corte Suprema de Justicia y uno de cada una de las tres ternas presentadas por el Consejo de Estado.

B. A propuesta del Presidente de la República: el caso de México

En México, el artículo 96 de la Constitución dispone que para la designación de los 11 ministros de la Suprema Corte de Justicia el Presidente de la República debe someter una terna a consideración del Senado, el cual, previa comparecencia de las personas propuestas, designará al Ministro que deba cubrir la vacante.

La designación se debe hacer por el voto de las dos terceras partes de los miembros del Senado presentes, dentro del improrrogable plazo de treinta días. Si el Se-

nado no resolviere dentro de dicho plazo, ocupará el cargo de Ministro la persona que dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República.

En caso de que la Cámara de Senadores rechace la totalidad de la terna propuesta, el Presidente de la República someterá una nueva, en los términos del párrafo anterior. Si esta segunda terna fuera rechazada, ocupará el cargo la persona que dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República.

En igual sentido, conforme al artículo 98 de la Constitución, cuando la falta de un Ministro excediere de un mes, o si faltare un ministro por defunción o por cualquier causa de separación definitiva, el Presidente de la República debe someter el nombramiento de un Ministro interino a la aprobación del Senado, observándose lo antes indicado (art. 96).

Las renunciaciones de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia solamente procederán por causas graves; serán sometidas al Ejecutivo y, si éste las acepta, las enviará para su aprobación al Senado.

Las licencias de los Ministros, cuando no excedan de un mes, podrán ser concedidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; las que excedan de este tiempo, podrán concederse por el Presidente de la República con la aprobación del Senado. Ninguna licencia podrá exceder del término de dos años.

C. A propuesta del Consejo Judicatura y acuerdo Poder Ejecutivo: el caso de Paraguay

Conforme al artículo 264,1 de la Constitución de Paraguay, corresponde al Senado la designación de los miembros de la Corte Suprema de Justicia, con el acuerdo del Poder Ejecutivo, a propuesta del Consejo de la Magistratura.

El Consejo de la Magistratura conforme al artículo 262 de la Constitución., está compuesto por:

1. Un miembro de la Corte Suprema de Justicia, designado por ésta;
2. Un representante del Poder Ejecutivo;
3. Un Senador y un Diputado, ambos nominados por su Cámara respectiva;
4. Dos abogados de la matrícula, nombrados por sus pares en elección directa;
5. Un profesor de las facultades de Derecho de la Universidad Nacional, elegido por sus pares, y
6. Un profesor de las facultades de Derecho con no menos de veinte años de funcionamiento, de las Universidades privadas, elegido por sus pares. La ley reglamentará los sistemas de elección pertinentes.

Este Consejo de la Judicatura, en consecuencia, debe proponer las ternas de candidatos para integrar la Corte Suprema de Justicia, previa selección basada en la idoneidad, con consideración de méritos y aptitudes, para elevarlas a la Cámara de Senadores.

VI. LA DESIGNACIÓN POR UN CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

La Constitución del Perú es la única de las Constituciones latinoamericanas en la que se atribuye al Consejo de la Magistratura, como órgano permanente dentro de la estructura del Estado, competencia para designar a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y en general a todos los jueces. Hemos indicado que en el caso de la República Dominicana, si bien los magistrados de la Corte Suprema de Justicia también son designados por un Consejo de la Judicatura, este está conformado sólo por representantes de los otros órganos del Estado, y sólo tiene esa función de nombrar a dichos magistrados.

En efecto, el artículo 150 de la Constitución dispone que el Consejo Nacional de la Magistratura, “se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular”, precisando el artículo 154,1 entre las funciones del Consejo Nacional de la Magistratura, el “nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales *de todos los niveles*”; debiendo requerir los nombramientos el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros.

La Constitución regula al Consejo Nacional de la Magistratura como un órgano independiente, integrado por los siguientes miembros (artículo 155):

1. Uno elegido por la Corte Suprema, en votación secreta en Sala Plena.
2. Uno elegido, en votación secreta, por la Junta de Fiscales Supremos.
3. Uno elegido por los miembros de los Colegios de Abogados del país, en votación secreta.
4. Dos elegidos, en votación secreta, por los miembros de los demás Colegios Profesionales del país, conforme a ley.
5. Uno elegido en votación secreta, por los rectores de las universidades nacionales.
6. Uno elegido, en votación secreta, por los rectores de las universidades particulares. El número de miembros del Consejo Nacional de la Magistratura puede ser ampliado por éste a nueve, con dos miembros adicionales elegidos en votación secreta por el mismo Consejo, entre sendas listas propuestas por las instituciones representativas del sector laboral y del empresarial.

En el caso de elección de los magistrados de la Corte Suprema por el Consejo Nacional de la Magistratura, también se realiza un concurso público, con exámenes escrito y oral, convocado mediante publicaciones en la prensa, y la posibilidad de que se presenten tachas por parte del público interesado.

VII. LA DESIGNACIÓN POR EL SISTEMA DE COOPTACIÓN

1. El sistema de cooptación a propuesta del Consejo Superior de la Judicatura: el caso de Colombia

Puede decirse que Colombia ha sido el único país de América latina con tradición constitucional en cuanto al sistema de designación de los jueces de las altas jurisdicciones, mediante sistema de cooptación.

Aún cuando la reforma constitucional de 1991, varió el sistema general precedente, se ha conservado respecto de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, los cuales, como lo indica el artículo 231 de la Constitución, “serán nombrados por la respectiva corporación” pero “de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura”.

A su vez, este Consejo Superior de la Judicatura conforme se indica en el artículo 254 de la Constitución, se divide en dos salas:

1. La sala administrativa, integrada por seis magistrados elegidos para un período de ocho años, así: dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado.

2. La sala jurisdiccional disciplinaria, integrada por siete magistrados elegidos para un período de ocho años, por el Congreso Nacional de ternas enviadas por el gobierno.

3. La inoperancia del sistema de cooptación y los intentos de sustituirlo por un sistema de Comité de Calificaciones: el caso de Ecuador.

La Constitución de Ecuador estableció en su artículo 202, un sistema de designación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia por cooptación de la propia Corte, al disponer que “producida una vacante, el pleno de la Corte Suprema de Justicia designará al nuevo magistrado, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, observando los criterios de profesionalidad y de carrera judicial, de conformidad con la ley. En la designación se escogerá, alternadamente, a profesionales que hayan ejercido la judicatura, la docencia universitaria o permanecido en el libre ejercicio profesional, en este orden”²⁰¹.

Nunca se dictó alguna ley que regulara el procedimiento de selección por cooptación, y la designación de los 31 magistrados iniciales en 1977, se efectuó por el Congreso luego de una consulta popular, de manera que dicha designación fue precedida de un proceso de selección, cuyos candidatos fueron calificados por colegios nominadores.

En los años posteriores de funcionamiento de la Corte se fueron produciendo vacantes por muerte y renuncia, por lo que el pleno de la Corte en su momento fue designando a los nuevos magistrados con el voto favorable de las 2/3 partes de sus integrantes. Sin embargo, en un momento dado, cuando se produjeron vacantes en la Salas Penales, los restantes magistrados de la Corte Suprema no pudieron llegar a un acuerdo para la designación de los sustitutos.

Por ello, los cargos se ejercieron por los conjueces (jueces suplentes) que son designados por períodos fijos por la propia Corte a propuesta de sus propios Ministros.

En virtud de la integración irregular de la Corte Suprema, en mayo de 2005 el Presidente de la República, Lucio Gutiérrez dictó un decreto, previa declaración del Estado de emergencia, mediante el cual resolvió cesar a los magistrados de la Corte, lo que evidentemente no se ajustaba a lo dispuesto en la Constitución. De inmediato, el Congreso resolvió dejar sin efecto lo resuelto por el Presidente de la República y a

201 Agradezco al profesor Joffre Campaña las informaciones que me suministró sobre la situación de la Corte Suprema en el Ecuador. Todo lo que digo en el texto, sin embargo, es de mi exclusiva responsabilidad e interpretación.

su vez resolvió cesar la Corte, lo que tampoco se ajustaba a las disposiciones constitucionales.

Cesada la Corte, a finales de mayo de 2005 el Congreso reformó la Ley Orgánica de la Función Judicial, estableciendo un nuevo sistema de designación de la Corte Suprema, el cual tampoco se ajusta a lo dispuesto en la Constitución, pero que buscaba darle una salida política a la grave situación institucional de carencia de integración de la Corte, dada su cesación. El nuevo sistema contempla la elección de la Corte Suprema a través de un colegio nominador compuesto por 5 miembros, provenientes de las Facultades de Derecho, de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, de organismos de derechos humanos, de los Tribunales de Honor de los Colegios de Abogados y de la Comisión Anticorrupción. Estos 5 miembros deben dictar un reglamento que contemple los requisitos, convocar a la presentación de candidaturas, seleccionar a los mejores, designarlos y posesionarlos.

Hasta agosto de 2005 el Comité no había podido ser integrado, y el Ecuador carecía de Corte Suprema. Algunos miembros del Comité de Calificación incluso, solicitaron al Presidente de la República que se convocara una consulta popular a los efectos de preguntarle a los ecuatorianos si estaban de acuerdo con el proceso de selección. El Presidente, acogiendo este pedido, envió al Congreso Nacional una petición para que se declarase de urgencia la convocatoria a consulta, proponiendo varias preguntas; petición que le fue devuelta a los efectos de que fuera una comisión (Gobierno-Congreso) la que preparase los temas de la consulta. Todo ello ocurría en agosto de 2005.

A los efectos comparativos, sin embargo, es de interés destacar la relativo a la integración del Comité de Calificación. En efecto, en la Disposición general Segunda de dicha Ley de reforma se dispuso que “En vista de la ausencia definitiva de la totalidad de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, su designación será por esta ocasión, efectuada por un comité de calificación”, el que debe estar integrado por los siguientes 5 miembros:

1. Uno designado por los presidentes de los Tribunales de Honor de los colegios de abogados del país.
2. Uno designado por los decanos o directores de las facultades o unidades académicas de derecho de las universidades legalmente reconocidas por el CONESUP y que acrediten ante este Organismo, al menos diez años de existencia.
3. Uno designado por los ministros de cortes superiores de justicia y tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal.
4. Uno designado por la Comisión de Control Cívico de la Corrupción.
5. Uno designado por los organismos de los derechos humanos, que tengan al menos cinco años de existencia legal en el Ecuador.

Estos miembros deben ser electos por los respectivos colegios electorales con al menos la mitad más uno de los votos de los presentes, los cuales deben ser secretos y las decisiones así tomadas no podrán ser impugnadas.

La Disposición general Cuarta de la Ley de reforma, incluso previó la solución a la circunstancia de que el Comité no pudiera constituirse, disponiendo lo siguiente:

Dentro de los veinte días posteriores a la expedición de esta ley se constituirá el comité e iniciará inmediatamente sus funciones. En el evento que no se hubiere designado a uno o más

miembros del comité, éste se constituirá y funcionará con los miembros designados, pero en ningún caso con menos de cuatro miembros. Para el caso de que no existan dichos cuatro miembros, el o los que ya se encuentren designados elegirán por unanimidad el o los miembros que falten hasta completar el número mínimo de cuatro, los que deberán reunir los mismos requisitos para ser magistrado de Corte Suprema de Justicia de conformidad con esta Ley. En este evento, tal elección podrá tomar en cuenta los nombres de insignes juristas o académicos del derecho que reúnan las exigencias requeridas, especialmente si los mismos son sugeridos por la sociedad civil a través de solicitudes difundidas públicamente por grupos sociales representativos de aquellos que vienen demostrando una participación cívica, responsable y seria; y, que demandan la existencia urgente de una Corte Suprema de Justicia independiente y ceñida a los principios universales de administración de justicia

A pesar de esta previsión, el Comité sin embargo no se pudo constituir, entre otras razones, por el dictamen del procurador de la nación que fue de la opinión que sin el representante designado por la Comisión de Control Cívico de la Corrupción.

No era posible la constitución del Comité.

En todo caso, en cuanto al procedimiento que debía desarrollarse por el Comité para la selección y designación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, la Disposición General Quinta de la Ley de reforma establece lo siguiente:

QUINTA.- El comité, una vez integrado, elaborará y aprobará, en el término de cinco días, un Reglamento de Concurso en el que se establecerán con claridad los pasos a seguirse, los criterios de calificación y los puntajes que deberán aplicarse a los postulantes según sus conocimientos. El comité publicará dicho reglamento al cual se someterá el proceso de designación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Dicha publicación se la realizará simultáneamente con la publicación de la convocatoria para presentar las postulaciones a magistrados en el plazo improrrogable de diez días, postulaciones que podrán ser propias o bajo el patrocinio de una persona o grupos de personas. Las postulaciones deberán ser presentadas dentro del plazo previsto en la convocatoria, invocando el origen de la postulación.

Terminado el plazo para la presentación de las postulaciones, el Comité de Calificación publicará, dentro de ocho días improrrogables, la nómina de los postulantes que cumplen con los requisitos establecidos en la Constitución Política de la República y en esta Ley, fecha desde la que se iniciará el plazo de quince días improrrogables para recibir las impugnaciones de los postulantes. El Comité de Calificación organizará audiencias públicas con la participación de la ciudadanía, veedores y los medios de comunicación para conocer las impugnaciones que también podrán hacerse por escrito. Terminado el plazo de impugnaciones, el Comité de Calificación, por votación conforme de por lo menos cuatro de sus integrantes, y en base a los méritos de los postulantes, dentro de los siete días de haber concluido el plazo para impugnaciones, establecerá los puntajes y procederá a nombrar a los nuevos magistrados, de la siguiente manera: Los que hubieren obtenido los diez primeros puntajes, serán designados magistrados de la Corte Suprema de Justicia; los restantes veintiún magistrados, se designarán mediante sorteo público, de entre los cuarenta y dos candidatos que sigan en puntuación a los diez primeros. De estos cuarenta y dos, los que no hubieren sido designados, pasarán a ser conjuces permanentes de la Corte Suprema de Justicia. Las designaciones se harán en función del cumplimiento de los requisitos establecidos en la Constitución Política de la República, en esta Ley y en el Reglamento indicado. El puntaje se establecerá dentro de una escala de cero a cien puntos.

El comité otorgará los puntajes a los concursantes en forma individual y motivada; y, estas actas se pondrán en conocimiento de la ciudadanía para efecto de las respectivas impugnaciones.

De no hacer el comité la designación dentro de dicho plazo, resultarán designados quienes hayan obtenido los primeros treinta y un puntajes. Tendrán la condición de conjuces quienes

hayan alcanzado los veinte y un mejores puntajes después de los treinta y un puntajes asignados a los magistrados.

Concluido este proceso, el Comité de Calificación posesionará a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia designados. El acta de la posesión del Comité de Calificación constituirá el nombramiento.

VIII. COMENTARIOS FINALES

Como se mencionó al inicio, la cuestión de la legitimidad en relación con la selección de los magistrados de las Cortes Supremas debe enfocarse en lo que debe ser el sentido esencial de la Justicia en una sociedad democrática, para garantizar su independencia respecto de las otras ramas del poder público, y su autonomía en el sentido de que se pueda impartir justicia solo basándose en la ley sin presiones ni influencias políticas externas, para lo cual la selección de los jueces debe basarse solamente en criterios objetivos sin influencias políticas externas.

En pocas palabras, utilizando la expresión de mi recordado amigo Louis Favoreau, la cuestión de la legitimidad es cuestión de determinar cómo los jueces cumplen con su “deber de falta de gratitud”.

El método de selección de los jueces, ante todo debe precisamente garantizar que los nombrados no deben permanecer agradecidos de quienes los nombren, o simplemente, que los jueces nombrados no deben ser cargados con ningún sentido de gratitud respecto del órgano del Estado que los seleccionó. En consecuencia, la cuestión de la legitimidad es una materia que busca resolver la pregunta de cómo el nombramiento de los jueces debe hacerse de manera tal que no lleve ninguna carga de gratitud hacia el ente designante, de manera que cuando llegue el momento puedan decidir con autonomía e independencia en contra de los intereses del ente designante.

Con tal objetivo, todo tipo de método debe implementarse para garantizar, primero, que los jueces serán designados en forma transparente basado en méritos a través de criterios objetivos de selección; y segundo, que tales designaciones deben hacerse de manera de asegurar la independencia, autonomía e imparcialidad de los jueces, independientemente del órgano o ente llamado a hacer la elección.

Una conclusión debe resaltarse, y es que no hay ejemplos de sistemas donde los miembros de las Cortes Supremas sean electos por los ciudadanos. La elección popular de jueces no asegura que los mejores candidatos serán elegidos para garantizar el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por tribunales independientes e imparciales.

En relación con la doctrina europea, la tendencia es la de proponer la selección de los jueces basándose exclusivamente en criterios objetivos aplicados por un órgano independiente (particularmente del gobierno y de la Administración) que represente a los jueces, de manera de evitar influencias externas, particularmente influencias políticas en la designación de los jueces.

En América Latina, mediante la inclusión de las regulaciones en las Constituciones, puede decirse que todo se ha intentado a los efectos de asegurar la legitimidad de la elección de los magistrados de las Cortes Supremas para garantizar su inde-

pendencia e imparcialidad, aun cuando no siempre con el éxito deseado. Sin embargo, cinco métodos pueden distinguirse para la designación de los magistrados de las Cortes Supremas: primero, el nombramiento de los Magistrados con la intervención de todos los poderes del Estado; segundo, el nombramiento por el Presidente de la República, siempre con la intervención del órgano legislativo o del Senado; tercero, el método más común, la designación por el Parlamento o en ciertos sistemas bicamerales por el Senado, incluso con la intervención de órganos independientes; cuarto, el nombramiento por un Consejo de la Judicatura independiente; y quinto el nombramiento hecho por cooptación por la misma Corte.

El primer método tiende a conformar el nombramiento de los magistrados de las Cortes Supremas con la participación de todas las ramas del poder Público, con el objeto de evitar el predominio de una de ellas sobre las otras. Es el caso de la República Dominicana, donde el nombramiento se hace a través de un Consejo de la Judicatura, integrado exclusivamente por las cabezas de los órganos del Poder Público y con el exclusivo propósito de hacer dichos nombramientos. En relación con el nombramiento de los miembros de los Tribunales o Cortes Constitucionales en Guatemala, Chile y Ecuador, este también se realiza con la exclusiva participación de todas las ramas del Poder Público.

El segundo método más comúnmente utilizado para la designación de los magistrados de las Cortes Supremas, siguiendo la tendencia de los sistemas presidenciales de gobierno, es la atribución del poder para designarlos al Presidente de la República, siempre con la intervención en alguna forma del Poder legislativo, del Congreso como es el caso de Panamá, o del Senado, como sucede en Argentina, Brasil y Chile.

En algunos casos, como ocurre en Argentina, mediante decisiones ejecutivas se han establecido auto restricciones en relación con los poderes del Presidente, estableciendo condiciones que deben ser llenadas por los nominados en relación con su integridad moral y capacidad técnica, y su compromiso con la democracia y la defensa de los derechos humanos; permitiendo a los ciudadanos, individual y colectivamente, así como a las asociaciones de profesionales, las organizaciones científicas y académicas y las organizaciones no gubernamentales expresar sus puntos de vista u objeciones respecto de los nombramientos.

El tercer método adoptado por la mayoría de los países Latino Americanos, como contra balance frente al sistema presidencial de gobierno, es el atribuir el nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo a órgano legislativo, sea al Congreso o al Senado.

Con respecto al primer caso, cuando se atribuye el nombramiento al órgano legislativo, dicho poder lo puede ejercer en forma exclusiva como sucede en Costa Rica, Nicaragua y Uruguay, y también en Bolivia y Perú en relación con los miembros del Tribunal Constitucional; o con intervención de un órgano estatal independiente como el V Consejo de la judicatura, como es el caso de Bolivia y El Salvador; o un órgano estatal independiente integrado por representantes de las organizaciones de ciudadanos, como es el caso de Guatemala y Honduras o como podría ser el caso de Venezuela.

En relación con la segunda opción, cuando el poder para designar a los magistrados del Tribunal Supremo está atribuida al Senado, dicho poder se ejerce siempre con la intervención de otro órgano: con la intervención de otra Jurisdicción judicial,

como es el caso de la Corte Constitucional en Colombia; o el nombramiento a propuesta del Presidente de la República, como es el caso de México para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de la Nación. Lo mismo sucede en Paraguay, donde el Senado designa a los magistrados de la Corte Suprema de una propuesta que le somete el Consejo de la Judicatura, con el acuerdo del Poder Ejecutivo.

El cuarto método para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema, adoptado solo en el Perú, para garantizar su independencia y autonomía, consiste en atribuir tal poder a un órgano independiente a cargo del gobierno y administración del Poder Judicial, que es el Consejo de la Magistratura. Este es el único caso en el cual el nombramiento de los magistrados está atribuido a la cabeza del Poder Judicial, con un Consejo integrado no solo por representantes de la Corte Suprema y del consejo de Procuradores, sino por miembros del Colegio de abogados, de las asociaciones de profesionales del país, y de los rectores de la Universidades nacionales y privadas.

Finalmente, el quinto método para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema que se puede identificar en América Latina, es el sistema de cooptación, mediante el nombramiento por la propia Corte, que tuvo una larga tradición en Colombia, donde actualmente se lleva a cabo con base en una propuesta sometida por el consejo Superior de la Magistratura. Este sistema se ha establecido únicamente en Ecuador, donde es una atribución exclusiva de la Corte Suprema. Sin embargo, a pesar de que podría considerarse un método ideal, en la práctica ha sido inoperante en crisis políticas, al punto de que en 2005 Ecuador durante muchos meses careció de Corte Suprema.

Está claro que cualquier método puede ser ensayado para buscar asegurar la legitimidad en el método de nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y garantizar la independencia y autonomía del Supremo tribunal; sin embargo, de la experiencia latinoamericana, también está claro que las solas fórmulas constitucionales no sirven para lograr tales propósitos. Lo que se requiere por sobre todo, es el compromiso político de todos los partidos políticos y organizaciones de un país por distanciar la Justicia del juego político. Esto, que se ha logrado en el Continente Europeo desde el Siglo XIX, sin embargo, desafortunadamente, es un compromiso que todavía no se ha adoptado en nuestros países.

§6. LA PROGRESIVA Y SISTEMÁTICA DEMOLICIÓN DE LA AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL EN VENEZUELA (1999-2004)*

(Barquisimeto, enero 2004)

Si algo ha caracterizado el proceso político-constitucional venezolano durante el último lustro, ello ha sido la progresiva y sistemática demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial por parte de los diversos órganos del Estado, incluido el propio Tribunal Supremo de Justicia; de manera que la separación de los poderes, como principio básico del Estado de derecho, incluso en medio de la peculiar penta división del poder que está plasmada en la Constitución de 1999, ha sido hecha añicos. En relación con el Poder Judicial, ello comenzó con las actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente en 1999, siendo la última actuación en el tiempo, la sanción de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en mayo de 2004 y sus secuelas. Por ello es que la situación actual de “manipulación del Estado de derecho”²⁰² sólo puede entenderse cuando se analiza dicho proceso demoledor desde su perspectiva histórica reciente.

Estas notas tienen por objeto, precisamente, exponer ese proceso de destrucción institucional, que ha socavado las bases mismas del Estado de derecho y ha buscado destruir la democracia, la cual por sobre todo solo puede funcionar cuando hay efectiva separación de poderes y control entre los mismos.

I. LA INTERVENCIÓN CONSTITUYENTE DEL PODER JUDICIAL

1. La asunción por la Asamblea Nacional Constituyente de un poder constituyente originario que no le había otorgado el pueblo

La Asamblea Nacional Constituyente se instaló el 3 de agosto de 1999²⁰³, teniendo su primera sesión plenaria formal el día 7 de agosto de 1999, en la cual se inició la discusión de su *Estatuto de Funcionamiento*, tal como lo exigía la *base comicial octava* del referendo del 25 de abril de 1999²⁰⁴.

* Estudio elaborado para las *XXX Jornadas J.M. Domínguez Escobar sobre "Administración de Justicia y Derechos Humanos"*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto, enero 2005; publicado en el libro: *XXX Jornadas J.M Domínguez Escobar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp.33-174.

202 V., por ejemplo, el documento *Manipulando el Estado de Derecho: Independencia del poder Judicial amenazada en Venezuela*, Human Rights Watch, junio de 2004, Vol. 16, n° 3 (B).

203 En el acto de instalación, el discurso dado por quien venía de ser electo presidente de la Asamblea, Luis Miquelena, concluyó con estas frases “la Asamblea Nacional Constituyente es originaria y soberana”, en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre 1999, Sesión de 03-08-99, n° 1, p. 4.

204 V. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre 1999, Sesión de 07-08-99, n° 4, p. 151.

En dicha primera sesión plenaria, por supuesto, se replanteó la discusión que ya había sido resuelta por la Corte Suprema de Justicia (Sala Político Administrativa) en sentencia de 13 de abril de 1999²⁰⁵, dictada en ejecución de la sentencia de 18 de marzo de 1999²⁰⁶ (Caso: *Gerardo Blyde vs. CNE*), la cual había ordenado eliminar de la *base comicial octava* del referendo del 25 de abril de 1999, toda referencia a “poder constituyente originario” alguno que pudiera pretender ejercer la Asamblea, precisamente para evitar toda confusión²⁰⁷. Entonces, en ausencia de manifestación popular alguna derivada del referendo de 25 de abril de 1999 y de fundamentación normativa alguna para poder dictar actos constituyentes, la Asamblea, de hecho y en aproximaciones sucesivas, fue “construyendo” su propio carácter de “poder constituyente originario” que nadie le había asignado. De hecho, la Asamblea sumió el Poder Público y se arrogó la potestad de disponer sobre el Poder Público constituido conforme a la Constitución de 1961, la cual violó abiertamente. Había sido ese texto constitucional el que interpretado por la jurisprudencia²⁰⁸, le había dado origen; por lo que fue el primero en ser violado.

Expusimos nuestro criterio sobre el tema ante la Asamblea Nacional Constituyente, tanto en la intervención oral como por escrito²⁰⁹, precisamente de acuerdo con dicha doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema conforme a la cual se había originado la propia Asamblea, en el sentido de que el único poder constituyente originario en ese proceso constituyente era el pueblo, es decir, la manifestación popular efectuada en el referendo del 25 de abril de 1999. Por ello, la Asamblea Nacional Constituyente electa como consecuencia de tal referendo, tenía los límites contenidos en las *bases comiciales* del mismo, que eran las que tenían carácter supra constitucional, a los cuales estaba sometida.

Sin embargo, prevaleció el criterio de la mayoría de la Asamblea que quedó plasmada contra toda la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema, en el artículo 1º del *Estatuto*, relativo a la naturaleza y misión de la Asamblea Nacional Constituyente. En esa norma se la definía como “depositaria de la voluntad popular y expresión de su soberanía con las atribuciones del Poder Originario para reorganizar el Estado Venezolano y crear un nuevo ordenamiento jurídico democrático”. Dicha norma agregaba que “la Asamblea, en uso de las atribuciones que le son inherentes, podrá limitar o decidir la cesación de las actividades de las autoridades que conforman el Poder Público”. Agregaba, además, en el Parágrafo Primero que “Todos los organismos del Poder Público quedan subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente, y están en la obligación de cumplir y hacer cumplir los actos jurídicos estatales que emita dicha Asamblea Nacional”; auto atribuyéndose así poderes para modificar la Constitución que estaba vigente, cuyas normas “mantendrían vigencia en

205 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 85 y ss.

206 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 73 y ss.

207 V. los cometarios a dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 214 y ss

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

209 V. los textos en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)* Tomo I, (8 agosto-8 septiembre 1999), Caracas 1999, pp. 15 a 39. Así mismo, en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre 1999, Sesión de 07-08-99, n° 4, pp. 6 a 13.

todo aquello que no colida o sea contradictorio con los actos jurídicos y demás decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente²¹⁰.

En esta forma, la Asamblea se auto atribuyó carácter de “poder originario”, y potestades públicas por encima de la Constitución de 1961²¹¹, y antes de que comenzara siquiera a elaborar el texto constitucional para lo cual había sido electa, durante el primer mes de su funcionamiento entre el 8 de agosto y el 2 de septiembre de 1999, asumió la tarea de intervenir para supuestamente reorganizar los Poderes Públicos constituidos, incluido el Poder Judicial²¹².

2. La reorganización de los poderes constituidos

El primero de los actos constituyentes dictados por la Asamblea en violación de la Constitución de 1961, fue el contenido en el “Decreto mediante el cual se declaró la reorganización de todos los órganos del Poder Público” de fecha 12 de agosto de 1999²¹³; decisión respecto de la cual argumentamos oralmente sobre su improcedencia y salvamos nuestro voto, razonándolo negativamente²¹⁴.

Para dictar el Decreto, la Asamblea invocó que ejercía “el poder constituyente otorgado por este mediante referendo...”; es decir, que ejercía un “poder constituyente” que supuestamente le había otorgado el “poder constituyente” (pueblo) en el “referendo”, lo que si era así, se configuraba como un poder constituyente derivado. Sin embargo, la Asamblea en realidad, para aprobar el Decreto se fundamentó en “lo dispuesto en el artículo primero del Estatuto de esta Asamblea”, en el cual la Asamblea ya se había auto conferido, a sí misma, el supuesto carácter de poder constituyente originario.

A pesar de la contradicción, la Asamblea declaró “la reorganización de todos los órganos del Poder Público”, autorizándose a sí misma para “decretar las medidas necesarias para enfrentar situaciones específicas de la reorganización”, y auto atribuyéndose, además, la potestad de disponer “la intervención, modificación o suspensión de los órganos del Poder Público que así considere...”. Con esta decisión, sin duda, la Asamblea había materializado técnicamente el golpe de Estado, abrien-

210 V. en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre 1999, Sesión de 07-08-99, n° 4, p. 144. V. el texto, además, en *Gaceta Oficial* n° 36.786 de 14-09-99.

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

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

213 *Gaceta Oficial* n° 36.764 de 13-08-99.

214 V. en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, op. cit., pp. 43 a 56; y en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre de 1999, cit., Sesión de 12-08-99, n° 8, pp. 2 a 4. V. el texto del Decreto en *Gaceta Oficial* n° 36.764 de 13-08-99.

do la vía para violar la Constitución vigente para ese momento (la de 1961) y colocándose por encima de la propia Constitución.

En el debate respecto de este Decreto, el cual, al principio había sido proyectado como un “Decreto de Declaratoria de Emergencia Nacional”, expresamos nuestra opinión contraria y señalamos que:

Si la Asamblea Nacional Constituyente no tiene poder alguno derivado de la voluntad popular para poner en vigencia la nueva Constitución en la cual refleje la transformación del Estado que diseñe y el nuevo ordenamiento jurídico que elabore; menos aún tiene competencia alguna derivada del referendo consultivo del 25-04-99, para durante su funcionamiento, en estos seis meses, suspender, revocar, derogar o modificar, así sea temporalmente la actual Constitución de 1961, cuyo texto estará vigente hasta que se apruebe, mediante referendo, la nueva Constitución.

En consecuencia, no es posible derivar del referendo consultivo de 25-04-99, fundamento alguno para que la Asamblea pueda, durante su funcionamiento, arrogarse el poder de intervenir, modificar o suspender los órganos del Poder Público antes de que la nueva Constitución entre en vigencia al ser aprobada por referendo, pues ello implicaría una modificación o suspensión de la Constitución vigente²¹⁵.

A pesar de nuestra oposición, el mencionado Decreto fue aprobado con nuestro voto negativo; y su texto marcó el comienzo de la intervención de todos los Poderes del Estado, particularmente del Poder Legislativo y del Poder Judicial, además de los Poderes estatales y municipales, con la anuencia del propio Tribunal Supremo de Justicia, en cual contribuyó a “formalizar” el golpe de Estado y aunar su propia destrucción²¹⁶.

3. La complicidad de la Corte Suprema de Justicia con la inconstitucional intervención constituyente de los poderes constituidos

Luego de dictado el “Decreto mediante el cual se declaró la reorganización de todos los órganos del Poder Público”, como se dijo, la Asamblea Nacional Constituyente procedió a intervenir y a regular a casi todos los órganos constituidos del Poder Público, comenzando por los órganos que ejercían el Poder Legislativo, a cuyo efecto, el 25 de agosto de 1999, dictó el “Decreto mediante el cual se regulan las funciones del Poder Legislativo”,²¹⁷ que reformó cinco días después, el 30 de agosto de 1999²¹⁸.

Este Decreto, sin embargo, tuvo una fundamentación distinta al anterior. La “timidez” expresada en el “Decreto de reorganización general de los órganos del Poder Público” puede considerarse que fue superada en este Decreto, pues la Asamblea no se limitó a invocar el ejercicio de un poder constituyente (derivado) que le había otorgado el poder constituyente (originario) que era el pueblo mediante el referendo

215 V. Allan R. Brewer-Carías *Debate Constituyente* Tomo I, *op. cit.* pp. 51 y 52

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

217 *Gaceta Oficial* n° 36.772 de 25-08-99.

218 *Gaceta Oficial* n° 36.776 de 31-08-99.

consultivo de 25 de abril de 1999; sino que se arrogó directa y abiertamente un “poder constituyente originario” que nadie le había otorgado, sino ella misma en su propio Estatuto de Funcionamiento. Así se plasmó en el encabezamiento del Decreto donde se afirmó que la Asamblea actuaba “En nombre y representación del pueblo soberano de Venezuela, *en ejercicio del poder constituyente originario otorgado por éste* mediante referendo aprobado democráticamente el 25 de abril de 1999...”

Sobre el Decreto mediante el cual se regularon las funciones del Poder Legislativo, en el debate en la Asamblea expresamos que su contenido violaba:

La voluntad popular y soberana expresada en el referendo el 25-04-99, en el sentido de que *primero*, viola las garantías democráticas que la Asamblea Nacional Constituyente debe respetar; *segundo*, viola los principios del republicanismo, entre ellos, el de la separación de poderes, al modificar la Constitución de 1961 en cuanto la organización y funciones del Poder Legislativo Nacional y concentrar los Poderes del Estado en la Asamblea; *tercero*, viola compromisos internacionales de la República relativos al régimen democrático y a los derechos fundamentales; *cuarto*, viola el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre, y *quinto*, viola el régimen autonómico de los Estados de la República.²¹⁹

El Decreto finalmente, y a pesar de nuestra oposición, fue aprobado, razón por la cual dejamos constancia de nuestro voto salvado negativo en el cual expresamos que la Asamblea Nacional Constituyente, al aprobar este Decreto:

En mi criterio, ha actuado al margen de los límites que le impuso la voluntad popular, lo que ya hizo, también, al aprobar su Estatuto, particularmente el contenido de su artículo 1º; al aprobar el Decreto de Reorganización de los Poderes Públicos y al aprobar el Decreto de Reorganización del Poder Judicial²²⁰.

En todo caso, en resumen, mediante este Decreto, la Asamblea Nacional Constituyente en violación abierta de lo previsto en la Constitución de 1961, reguló y limitó las funciones del Congreso de la República cuyos miembros habían sido electos unos meses antes, en diciembre de 1998. Para ello, el Decreto comenzó eliminando el Congreso, al disponer que éste sólo actuaría “por órgano de la Comisión Delegada” (art. 2); y en cuanto a su función legislativa (la cual, al quedar eliminada la bicameralidad, sólo la ejercía la Comisión Delegada) quedó confinada a un conjunto específico de materias, indicadas como *numerus clausus* (art. 1).

El “Decreto de Regulación de las Funciones del Poder Legislativo”, el cual además eliminaba las Asambleas Legislativas estatales, cambiaba la estructura del Parlamento de bicameral a unicameral e, intervenía la autonomía e independencia de los órganos del Poder Público que regulaba la Constitución; fue impugnado ante la Corte Suprema de Justicia por el Vice Presidente de la Cámara de Diputados, Henrique Capriles Radonski. La Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, y con ponencia del Magistrado Iván Rincón Urdaneta, sin embargo, mediante sentencia de fecha 14 de octubre de 1999, (Caso: *Henrique Capriles Radonski vs. Decreto de Reorganiza-*

219 V. Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.* p. 76.

220 V. Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.* p. 95.

ción del Poder Legislativo) resolvió el recurso declarando “improcedente la acción de nulidad intentada”²²¹.

La Corte Suprema, con esta sentencia, sin duda, se plegó al nuevo poder político y coonestó y avaló los desaguisados constitucionales hechos por la Asamblea Nacional Constituyente. Con ello, sin duda, firmó su propia sentencia de muerte y la remoción de sus integrantes, con excepción, por supuesto, del magistrado Iván Rincón Urdaneta, su Presidente ponente, quien luego seguiría siendo por más de un lustro Presidente del nuevo Tribunal Supremo de Justicia.

En la sentencia, luego de unas confusas argumentaciones basadas en citas bibliográficas entre las cuales, por supuesto, se incluyó al Abate Sièyes, sobre el poder constituyente en la teoría y la práctica políticas de la historia universal, y sobre la distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos; la Corte Suprema, concluyó observando que:

El poder constituyente no puede ejercerlo por sí mismo el pueblo, por lo que la elaboración de la Constitución recae en un cuerpo integrado por sus representantes, que se denomina Asamblea Constituyente, cuyos títulos de legitimidad derivan de la relación directa que exista entre ella y el pueblo.

Con este “descubrimiento” la Corte lo que hizo fue observar que la Asamblea Nacional Constituyente electa el 25 de julio de 1999 tenía como límites las *bases comiciales* aprobadas por el poder constituyente originario (el pueblo) mediante el referendo de abril de 1999, bases a las cuales la Corte, en la misma sentencia, le había reconocido “similar rango y naturaleza que la Constitución” y, en las cuales se había encomendado a la Asamblea “la elaboración de la Constitución”, más no su adopción o puesta en vigencia, lo que se reservó el pueblo como poder constituyente originario, mediante referendo aprobatorio previsto en la *base comicial novena*.

Sin embargo, en la misma sentencia, la Corte Suprema pasó de reconocerle a las bases comiciales “similar rango y naturaleza que la Constitución” (de 1961), a otorgarle rango “supra constitucional”. La Corte, en efecto, en la sentencia, luego de constatar las denuncias de inconstitucionalidad del Decreto impugnado, señaló:

Como puede observarse, la pregunta N° 1 del referendo consultivo nacional aprobado el 25 de abril de 1999 y la base comicial octava del mismo referendo, *consagra la supra constitucionalidad de sus prescripciones*, ya que en ningún momento remite a la Constitución de 1961 sino a la tradición de la cultura...

Por supuesto, en esta línea de razonamiento, la Corte Suprema se encontraba con el escollo que le representaba la antes citada sentencia del 13 de abril de 1999 que ejecutaba la de 18 de marzo de 1999, ambas de la Sala Político-Administrativa de la misma Corte Suprema. En dicha sentencia se había ordenado eliminar de la *base comicial octava*, para evitar toda confusión, toda referencia al pretendido carácter originario del poder constituyente que ejercía la Asamblea, pero dijo lo siguiente:

Si bien la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de fecha 13 de abril de 1999, excluyó de la base comicial octava “como poder constituyente originario que recoge la soberanía popular”, es claro que la Asamblea Nacional Constituyente, no

²²¹ V. en *Revista de Derecho Público*, n° 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 111 y ss.

es un poder derivado, pues su función de sancionar una nueva Constitución implica el ejercicio del poder constituyente, el cual no puede estar sujeto a los límites del orden jurídico establecido, incluyendo la Constitución vigente.

De lo anterior resulta una contradicción abierta de criterios. La Corte Suprema reconocía que la sentencia de 13 de abril había dejado claro que la Asamblea Nacional Constituyente *no era un poder constituyente originario* (ya que sólo el pueblo lo es), lo que conducía entonces a considerarla como un poder constituyente “derivado”, regulado por el pueblo en las *bases comiciales* a las cuales le había reconocido rango “supra constitucional”. Sin embargo, la Corte en definitiva dijo que la Asamblea no era ni poder constituyente originario ni poder constituyente derivado. Entonces, ¿de qué se trataba? Si toda la bibliografía citada en la sentencia establecía esta dicotomía, debía ser una cosa o la otra, pero lo que no podía ser era ninguna de las dos.

La inconsistencia de la sentencia, en todo caso, condujo a la Corte Suprema, luego de citar párrafos sueltos de la antigua sentencia del 19 de enero de 1999²²², a cambiar su propio criterio establecido en la sentencia del 13 de abril de 1999 sobre la ausencia del carácter originario del poder constituyente otorgado a la Asamblea.

Debe señalarse que es cierto que la Asamblea Nacional Constituyente no tenía otros límites que los establecidos en las *bases comiciales* para sancionar una nueva Constitución; pero sólo para eso es que ello implicaba el ejercicio del poder constituyente: para elaborar el texto de una nueva Constitución la cual no se podía poner en vigencia con la sola voluntad de la Asamblea, porque ésta no tenía poder constituyente para ello. Por eso, las comparaciones que hizo la Corte en su sentencia, con el proceso de la Asamblea Constituyente de Colombia de 1991 eran totalmente impertinentes, pues en ese país, al contrario de lo que sucedió en Venezuela, la Constitución sí fue puesta en vigencia por la Asamblea Constituyente sin aprobación popular. En Venezuela, al contrario, el pueblo, como poder constituyente originario, en las *bases comiciales* mencionadas se había reservado la potestad de aprobar la Constitución mediante referendo aprobatorio posterior.

Sin embargo, incluso contrariando sus propias palabras (que la función de la Asamblea era “sancionar una nueva Constitución”) la Corte Suprema en la sentencia, le atribuyó otras tareas “indefinidas”, así:

El cambio constitucional dirigido a la supresión de la Constitución *vigente*, es un proceso que, como tal, no se limita a la sanción de la nueva Constitución, sino al interregno durante el cual, la Asamblea Nacional Constituyente actúa dentro del contexto jurídico donde rige, transitoriamente, la Constitución anterior...

Es decir, la Corte Suprema, contradictoriamente, reconoció en la sentencia la “vigencia” de la Constitución de 1961, así fuera “transitoriamente” hasta que se aprobara la nueva Constitución mediante referendo, y agregó luego, sin embargo, que:

222 Esta sentencia dictada bajo Ponencia de Humberto J. La Roche, fue la que abrió la vía del referendo consultivo sobre la Asamblea Nacional Constituyente. *V.* en *Revista de Derecho Público*, nº 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 57 y ss. *V.* los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Caracas 1999, pp. 151 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 55 y ss; y en Allan R. Brewer-Carías, “La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción”, *Revista de Derecho Público*, nº 77-80, Caracas 1999, pp. 453 y ss.

El hecho de que la supresión de la Constitución actual se produce sólo cuando es refrendada y sancionada por el pueblo la Constitución nueva, el tiempo de vigencia de la primera no puede impedir ni obstaculizar el cumplimiento de la función de la Asamblea Nacional Constituyente que es la creación de un nuevo ordenamiento jurídico a que se refiere la pregunta N° 1 del referendo consultivo nacional del 25 de abril de 1999. Si el cambio constitucional es un proceso, que se inicia con dicho referendo y si este proceso implica forzosamente la coexistencia de poderes (del poder constituido y la Asamblea Nacional Constituyente), los Estatutos de Funcionamiento de ésta, basados, como se ha dicho, en normas presupuestas o supraconstitucionales, deben definir el modo de esta coexistencia, siendo la Constitución de 1961, el límite del poder constituido, pero no el criterio de solución de las controversias que puedan ocurrir entre ambos poderes.

Es decir, la Corte Suprema cambió el criterio que había sentado en la sentencia del 18 de marzo de 1999²²³, según el cual la Constitución de 1961 era un marco límite de la Asamblea cuya elección debía aprobarse por el referendo del 25 de abril de 1999; y pasó a señalar, ya en medio del proceso constituyente, que esa misma Constitución de 1961 sólo era un límite a la actuación “de los poderes constituidos”, pero no de la propia Asamblea Nacional Constituyente, cuya actuación pasaba a estar regulada por su Estatuto de Funcionamiento que ella misma se había dictado, auto atribuyéndose “poder constituyente originario”.

Como conclusión de estas contradicciones, sin más, la Corte Suprema, en su sentencia del 14 de octubre de 1999, afirmó que la pretensión de nulidad del “Decreto de Regulación de las Funciones del Poder Legislativo”, al violar la Constitución de 1961, era “improcedente”:

Pues el fundamento del acto impugnado no puede ser la Constitución vigente, desde que la soberanía popular se convierte, a través de la Asamblea Nacional Constituyente, en supremacía de la Constitución, por razón del carácter representativo del poder constituyente, es decir, como mecanismo jurídico de producción originaria del nuevo régimen constitucional de la República, así se decide²²⁴.

Con esta confusa declaración, de la que podía deducirse cualquier cosa por quien quiera que la leyera, la Corte Suprema cambió los criterios que dieron origen al mismo proceso constituyente sentados por la misma Corte y, en definitiva decretó su futura extinción. Sólo pasaron algo más de dos meses para que fuera cerrada y extinguida por la propia Asamblea Nacional Constituyente, precisamente en ejercicio de los “poderes” que la misma Corte le atribuyó a partir de esta sentencia.

A partir de esa decisión, en todo caso, la Corte Suprema despejaba toda duda sobre la inconstitucional intervención del propio Poder Judicial por parte de la Asamblea Nacional Constituyente, la cual se había iniciado semanas antes; proceso de intervención en el cual incluso, la propia Corte Suprema participaría y cohonestaría.

La sentencia de la Corte en Pleno del 14 de octubre de 1999, en todo caso, fue objeto de severas críticas por parte de los siguientes Magistrados que salvaron su voto: Hermes Harting, quien había sido ponente de las sentencias de 18 de marzo de 1999, 23 de marzo de 1999 y 13 de abril de 1999 de la Sala Político-administrativa; Hildergard Rondón de Sansó; Belén Ramírez Landaeta; Héctor Grisanti Luciani, y Hum-

223 V. *Revista de Derecho Público*, n° 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 73 y ss.

224 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 453 y ss.

berto J. La Roche, quien había sido el ponente de la sentencia inicial del proceso constituyente de 19 de enero de 1999.

El magistrado Harting insistió en la tesis de que la Asamblea Nacional Constituyente se había originado “en función de la Constitución de 1961, fuente de su nacimiento”, por lo que estaba sujeta a la Constitución, lo que implicaba:

El no poder ejercer la Asamblea Nacional Constituyente potestades correspondientes a los Poderes del Estado, ni realizar actuaciones atribuidas específicamente a estos por la Constitución y las Leyes, ni siquiera invocando circunstancias excepcionales.

Sobre este mismo tema, la magistrado Hildegard Rondón de Sansó también fue precisa al afirmar que la Asamblea Nacional Constituyente

Está -ante todo- sujeta al sistema de la Constitución de 1961, al orden vigente y a las bases comiciales en el ejercicio y límites de su competencia.

Por ello, la magistrada Sansó consideró que la sentencia de 14 de octubre de 1999 había tergiversado la *base comicial octava* al considerar que la Asamblea estaba exonerada del bloque normativo de la Constitución de 1961; afirmando que:

La posición supraconstitucional de la Asamblea Nacional Constituyente radica en la facultad de erigir instituciones futuras, diferentes del texto constitucional vigente: no en la facultad de violar las normas que rigen el sistema dentro del cual opera.

La magistrada Sansó también denunció el “flagrante desconocimiento” que evidenció la sentencia de un Acuerdo que había adoptado la Corte en Pleno, días antes, el 23 de agosto de 1999, en el cual la Corte declaró que:

Se mantiene firme en su convicción de que dicha Asamblea no nació de un gobierno de facto, sino que surgió en un sistema de iure mediante un procedimiento al cual ella misma ha dado su respaldo.

Ahora bien, la acción de nulidad del Decreto que reguló la reorganización del Poder Legislativo se había fundamentado, entre otros aspectos, en la violación de la *base comicial octava* que la sentencia consideró como de rango y naturaleza constitucional e, incluso, supra constitucional. Al declarar improcedente la acción sólo indicando que el Decreto no estaba sometido a la Constitución de 1961, pero sin confrontar su texto con la *base comicial octava*, la Corte en Pleno incurrió en denegación de justicia o quizás en absolución de la instancia, lo que fue destacado por los magistrados Humberto J. La Roche e Hildegard Rondón de Sansó en sus votos salvados.

La sentencia, en todo caso, fue dictada con un apresuramiento inconcebible; tal como lo destacó en su voto salvado la magistrado Belén Ramírez Landaeta:

La sentencia fue reformada y a menos de media hora de su distribución -violando el Reglamento de Reuniones de la Corte Suprema de Justicia en Pleno dictado por la Corte Suprema de Justicia en fecha 26 de noviembre de 1996- fue votada sin derecho a examinar, con la cordura requerida, el contenido de la misma.

Ello condujo, conforme al criterio de la magistrado Ramírez, a un “fallo lleno de errores, tanto formales como conceptuales” en cuya emisión, la Corte no ejerció “la virtud de la prudencia” ni tomó en cuenta la trascendencia que la decisión tenía “para el país y para la historia”.

El apresuramiento por complacer al nuevo poder político, hizo a la Corte incurrir en los desafortunados desaguisados que sus propios Magistrados denunciaron en los votos salvados.

Por último, los magistrados Héctor Grisanti Luciani y Humberto J. La Roche, quienes también salvaron su voto, destacaron la omisión del fallo en considerar el contenido del Acuerdo que había sido firmado entre representantes del Congreso y de la Asamblea Nacional Constituyente el 9 de septiembre de 1999, mediante el cual materialmente se había dejado sin efecto la médula del Decreto impugnado, estableciéndose un sistema de cohabitación o coexistencia pacífica de las dos instituciones.

En todo caso, con el “Decreto de Regulación de las funciones del Poder Legislativo” se materializó jurídicamente el golpe de Estado dado por la Asamblea Nacional Constituyente, al violar la Constitución de 1961, extinguir un órgano constitucional constituido y electo como era el Congreso, intervenir sus funciones legislativas, limitar la autonomía de los Estados y Municipios y lesionar la autonomía de las Contralorías. La Asamblea Nacional Constituyente, como lo destacó la magistrado Rondón de Sansó en su voto salvado a la sentencia de la Corte en Pleno del 14 de octubre de 1999, ciertamente había nacido a raíz de la sentencia de 19 de enero de 1999 como una Asamblea sometida a un “régimen de *iure*”. Por ello, al usurpar la autoridad del Congreso y violar la Constitución, la Asamblea Nacional Constituyente se constituyó a sí misma en un órgano bajo *régimen de facto*, actuando como una Asamblea de facto, al margen de la Constitución.

Con esta sentencia, en todo caso, se establecieron las bases para la justificación de la demolición de la autonomía e independencia del tradicionalmente considerado como el más débil de los poderes del Estado: el Poder Judicial.

4. La intervención del Poder Judicial con la anuencia de la antigua Corte Suprema de Justicia

A. El decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de reorganización del Poder Judicial

En efecto, el 19 de agosto de 1999 le tocó el turno de ser intervenido al Poder Judicial, incluida la propia Corte Suprema de Justicia, para lo cual la Asamblea Nacional Constituyente resolvió declarar “al Poder Judicial en emergencia” (art. 1º), creando una “Comisión de Emergencia Judicial”, que asumió el proceso de intervención²²⁵. Consideramos en este caso, también, y así lo hicimos constar en nuestro voto negativo, que con esa intervención y con la creación de una Comisión que suplantaba los órganos regulares de la Justicia²²⁶, se lesionaba la autonomía e independencia del Poder Judicial.

225 *Gaceta Oficial* n° 36.772 de 25-08-99 reimpresso en *Gaceta Oficial* n° 36.782 de 08-09-99.

226 *V.* en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.*, p. 57 a 73; y en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre de 1999, *cit.*, Sesión de 18-08-99, n° 10, pp. 17 a 22. *V.* el texto del Decreto en *Gaceta Oficial* n° 36.782 de 08-09-99.

Este Decreto tuvo la misma fundamentación que los anteriores: el ejercicio del poder constituyente originario supuestamente otorgado por el pueblo a la Asamblea mediante referendo; el artículo 1° del Estatuto de Funcionamiento de la propia Asamblea y el artículo único del Decreto de la Asamblea que había declarado la reorganización de todos los Poderes Públicos constituidos. Es decir, el fundamento del Decreto fue el que la propia Asamblea Constituyente se había construido a la medida, sin vínculo alguno con las normas supra constitucionales como eran las *bases comiciales* aprobadas en el referendo consultivo del 25 de abril de 1999.

En el debate ante la Asamblea, expusimos nuestra opinión y las objeciones a la forma como se procedía a la intervención de la justicia, señalando que:

Si bien la Asamblea Nacional Constituyente debe ser la instancia política para motorizar las reformas inmediatas al Poder Judicial, y para propender a la renovación de la Judicatura, ello no lo puede hacer directamente sustituyendo los órganos con competencia legal para ello, sino instruyendo, vigilando y haciendo el seguimiento de sus propuestas. De lo contrario, corremos el grave riesgo de desencadenar iniciativas indeseadas por violación de los Tratados Internacionales que obligan al Estado Venezolano a proteger la independencia judicial, la cual lejos de salvaguardarse, se lesiona abiertamente con el Proyecto de Decreto²²⁷.

En todo caso, el Decreto de Reorganización del Poder Judicial fue aprobado, atribuyéndose a la “Comisión de Emergencia Judicial” amplias facultades de intervención de la Justicia, las cuales pueden resumirse así:

1. La proposición a la Asamblea de las medidas necesarias para la reorganización del Poder Judicial y “la ejecución de las aprobadas por la Asamblea de conformidad con su Estatuto de Funcionamiento” (art. 3,1).
2. La evaluación del desempeño de la propia Corte Suprema de Justicia (arts. 3,3 y 4).
3. La instrucción al Consejo de la Judicatura para la ejecución de sus decisiones (art. 3,4). Tanto el Consejo de la Judicatura como el Inspector General de Tribunales quedaron obligados a acatar las instrucciones de la Comisión (art. 5), teniendo ésta la facultad de proponer a la Asamblea la sustitución de los Consejeros y del Inspector General de Tribunales (art. 5).
4. La destitución de cualquier funcionario judicial que obstaculizare su actividad o incumpliera sus instrucciones (art. 5).
5. La suspensión en forma inmediata a los funcionarios judiciales que tuvieran procedimientos iniciados por causas de corrupción (art. 6) y la destitución, también en forma inmediata, de jueces y funcionarios judiciales en caso de retardo judicial, de revocación de sus sentencias, de incumplimiento grave de sus obligaciones o que poseyeran signos de riqueza de procedencia no demostrada (art. 7).
6. La designación, a criterio de la Comisión, de suplentes o conjuces para sustituir a los jueces destituidos o suspendidos (art. 8).

El Decreto estableció que los jueces destituidos o suspendidos por la Comisión podían “apelar” de la decisión ante la Asamblea Nacional Constituyente (art. 9), con lo cual se pretendía convertir a la Asamblea en un órgano de alzada en el procedimiento administrativo.

227 V. Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.* p. 73.

Además, el Decreto destinó un conjunto de normas para regular la selección de jueces mediante evaluaciones y concursos públicos que, por supuesto, no se realizaron (art. 10 a 24).

En todo caso, la declaratoria de Emergencia Judicial tendría vigencia hasta que se sancionara la nueva Constitución (art. 32). Sin embargo, fue *sine die* por la falta del Tribunal Supremo de Justicia en asumir el gobierno judicial conforme a la competencia que le asignó la nueva Constitución de 1999 (art. 267), así como por la prórroga de la transitoriedad por obra de la Asamblea Nacional, dada su propia omisión en dictar las leyes necesarias. El Tribunal Supremo de Justicia, a partir de enero de 2000, fue complaciente con la forma irregular de intervención del Poder Judicial, y se abstuvo deliberadamente de asumir sus propias funciones. Debe destararse que la transitoriedad, incluso, se ha prorrogado en mayo de 2004, con la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia²²⁸.

Con posterioridad a la aprobación del Decreto de Reorganización del Poder Judicial, la Junta Directiva de la Asamblea Constituyente emitió otro Decreto complementario de la intervención del Poder Judicial, denominado “Decreto de Medidas Cautelares Urgentes de Protección al Sistema Judicial”, el cual ni siquiera fue aprobado por la Asamblea, ni publicado en *Gaceta Oficial*. En efecto, dicho decreto fue dictado por la “Junta Directiva de la Asamblea Nacional Constituyente y la Comisión de Emergencia Judicial autorizadas por la Asamblea en una sesión extraordinaria del 7 de octubre de 1999”. En otras palabras, la Asamblea supuestamente se permitió, incluso, “delegar” en su Junta Directiva el supuesto poder constituyente originario que había asumido, hecho clandestino del cual no tuvieron conocimiento ni siquiera los mismos Constituyentes.

En todo caso, lo insólito de esta “delegación” fue que la fecha de emisión del Decreto fue el mismo día 7 de octubre de 1999, y ese mismo día fue reformado²²⁹, razón por la cual no se entiende el porqué de tal delegación ni el porqué no fue sometido a la consideración de la plenaria de la Asamblea para su adopción por ella.

En este Decreto, en todo caso, se ordenó la inmediata suspensión de jueces contra quienes pesaran siete denuncias o más, o que tuvieran averiguaciones penales abiertas (art. 1), siendo el objeto inmediato de la suspensión, como medida cautelar, la separación del cargo de centenares de jueces y su sometimiento a procedimientos disciplinarios (art. 3); y la incorporación de los suplentes de los jueces suspendidos (art. 2). Por otra parte, en el Decreto también se ordenó la suspensión de los Inspectores de Tribunales por conductas omisivas (art. 4) y facultó a la Inspectoría General de Tribunales para la designación de inspectores interinos (art. 5). Por último, el Decreto facultó a la Comisión de Emergencia Judicial -el mismo órgano que participó en su adopción- para extender las medidas dictadas a otras situaciones graves (art. 9). Este Decreto de medidas cautelares, sin embargo, reguló un recurso contra las medidas ante la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia (art. 10), buscando garantizar de alguna manera el derecho a la defensa que había sido olvidado en el Decreto anterior.

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

229 *Gaceta Oficial* n° 36.825 de 09-11-99.

Contra las medidas que al efecto dictaron los órganos comisionados para ello, muchos jueces recurrieron ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. En esa forma, por ejemplo, la misma Sala del nuevo Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 24 de marzo de 2000, dictó la sentencia N° 659, (*caso: Rosario Nouel*), en la cual declaró que:

La Comisión de Emergencia Judicial, la Sala Administrativa del extinto Consejo de la Judicatura, así como la Inspectoría General de Tribunales ejercieron una competencia que les fue atribuida por la Asamblea Nacional Constituyente, y en consecuencia su competencia emanó de una *voluntad soberana*.

Esta vez fue la Sala Político Administrativa del nuevo y renovado Tribunal Supremo, que había sido creado el 22 de diciembre de 1999 por la propia Asamblea Nacional Constituyente en el Decreto sobre el “Régimen de Transición de los Poderes Públicos”²³⁰, la que en esta sentencia le atribuía a las decisiones de la Asamblea Constituyente, carácter de “voluntad soberana”. Es decir, directamente reconoció a la Asamblea la supuesta titularidad de la soberanía, lo que no tenía sentido alguno, pues la única “voluntad soberana” que puede haber en un régimen constitucional es la que emanaba del pueblo, único titular de la soberanía, mediante el sufragio (elecciones) o votaciones (referendos).

En todo caso, con fundamento en estos Decretos se produjo la intervención del Poder Judicial, se destituyeron y suspendieron centenares de jueces con precaria garantía al derecho a la defensa, se designaron jueces suplentes e interinos sin sistema alguno de selección que no fuera la sola voluntad del designante, con lo cual el Poder Judicial quedó signado por la provisionalidad y temporalidad, con su secuela de dependencia respecto del nuevo Poder, sin que se hubiera realizado concurso alguno para la selección de jueces²³¹.

El Decreto de Medidas Cautelares de Protección al Sistema Judicial también fue impugnado por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia el 19 de noviembre de 1999. La complaciente Corte Suprema de Justicia, sin embargo, muy calculadamente no resolvería dicho recurso, el cual sería decidido por el nuevo el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, mediante sentencia del 2 de noviembre de 2000 N° 1320, (*Caso: Gisela Aranda Hermida*), en la cual al declarar la inadmisibilidad de la acción, consideró que el Decreto era:

Un producto del proceso constituyente recientemente vivido en Venezuela y que se encuentra dentro de los denominados actos constituyentes, respecto de los cuales esta misma Sala ha dejado sentado en anteriores oportunidades con fundamento en algunas sentencias pronunciadas por al entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno que, al tener “(...) su régimen fundamental en las preguntas y Bases Comiciales consultadas en el Referendo del 25 de abril de 1999”, tales actos “(...) son para el ordenamiento que rige el proceso constituyente, 'de similar rango y naturaleza que la Constitución' como la cúspide de las normas del Proceso Constituyente”, concluyendo así que, “(...) habiendo sido asimilado el rango de las Bases

230 V. los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo II, *cit.*, pp. 1017 y ss.

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

Comiciales con el más alto escalafón de la jerarquía normativa en el proceso constituyente, es esta Sala Constitucional el Tribunal competente para decidir las acciones intentadas contra los actos de ejecución de dichas Bases...

Se debe destacar de esta sentencia, la insólita decisión de atribuir carácter de “acto constituyente” de igual rango y naturaleza que la Constitución, no ya a una decisión de la Asamblea Nacional Constituyente, sino de su Junta Directiva y de una Comisión creada por la Asamblea. La complacencia del Tribunal Supremo respecto del nuevo poder no encontró límites.

Por último, también como parte de la intervención del Poder Judicial, la Asamblea Nacional Constituyente, esta vez “en uso a la atribución a que se contrae el artículo 1º del Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea y en conformidad con el artículo 1º del Decreto de Reorganización del Poder Judicial del 25 de agosto de 1999”, dictó otro Decreto que confirió facultades a la Comisión de Emergencia Judicial “hasta el 16 de diciembre del presente año” (1999) para reglamentar el plan de evaluación de los jueces, determinar la permanencia o sustitución de los mismos y el régimen de selección y concursos (art. único)²³².

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

B. El “Acuerdo” de la Corte Suprema de Justicia de 23 de agosto de 1999 aceptando la inconstitucional intervención del Poder Judicial y su “autodisolución”

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, en fecha 23 de agosto de 1999, y con motivo de la decisión de la Asamblea de intervenir el Poder Judicial, adoptó un desafortunado Acuerdo²³³, elaborado con ponencia de la magistrado Hildegard Rondón de Sansó, en el cual la Corte fijó posición ante el Decreto de Reorganización del Poder Judicial dictado por la Asamblea Nacional Constituyente; y sobre la designación de uno de sus propios magistrados (Alirio Abreu Burelli) como integrante de la ilegítima Comisión de Emergencia Judicial. Con dicho Acuerdo, como lo expresó la magistrado Cecilia Sosa Gómez, quien hasta ese momento presidía la Corte Suprema, al salvar su voto: “Estimo que al acatar el Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente, la Corte Suprema de Justicia se autodisuelve”.

Y así ocurrió, de hecho, tres meses después.

En efecto, en dicho Acuerdo, la Corte, sin duda ingenuamente y en un último intento de detener la avalancha inconstitucional que ella misma había provocado y desatado con sus imprecisiones, ratificó su “convicción” sobre el hecho de que la Asamblea Nacional Constituyente no había nacido “de un gobierno de *facto*, sino que surgió en un sistema de *iure* mediante un procedimiento al cual ella ha dado su respaldo”; y procedió a evaluar el Decreto “independientemente de los vicios que puedan afectarlo”, lo cual resultaba a todas luces extraño, por sólo decir lo menos.

232 *Gaceta Oficial* nº 36.832 de 18-11-99.

233 *V. nuestros comentarios sobre el Acuerdo*, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 141 y ss. *V. además*, los comentarios de Lolymar Hernández Camargo, *La Teoría del Poder Constituyente*, *cit.*, pp. 75 y ss.

¿A quién se le puede ocurrir que el Tribunal Supremo pueda evaluar un acto estatal que sospecha viciado, independientemente de sus vicios? ¿Puede un Tribunal Supremo desdoblarse así, acomodaticiamamente?

En todo caso, de esa escéptica evaluación la Corte Suprema captó el compromiso de la Asamblea Nacional Constituyente de proceder de inmediato, a través de la citada Comisión, a la revisión de los expedientes de los jueces y a su evaluación. Consideró, además, la Corte, que la ejecución del proceso de reorganización judicial debía respetar los principios fundamentales del derecho a la defensa, de la racionalidad y proporcionalidad de las decisiones y de la independencia y autonomía del Poder Judicial, lo cual precisamente no se había hecho ni se garantizaba en el Decreto que evaluaba, ofreciendo sin embargo, “su contribución para el objetivo fundamental perseguido por el Decreto”, para lo cual, aunque parezca mentira, autorizó al magistrado Abreu Burelli para integrar la Comisión, lo cual también, en forma increíble, fue aceptado por éste.

De nuevo, el lenguaje impreciso y ambiguo utilizado en el Acuerdo condujo a varios Magistrados a salvar su voto. El magistrado Héctor Paradisi León, quien también había sido ponente de otra de las decisiones del 19 de enero de 1999²³⁴, estimó que el pronunciamiento de la Corte no respondía al ejercicio de sus atribuciones, dada las “motivaciones altamente políticas” del Decreto. El magistrado Hermes Harting consideró contradictorio el Acuerdo, pues el Decreto de la Asamblea “transgrede derechos como el ser juzgado por sus jueces naturales y la garantía del debido proceso” al atribuir competencias a la Comisión de Emergencia Judicial, en desmedro de las atribuidas a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de la Judicatura. Similares contradicciones identificó el magistrado Héctor Grisanti Luciani. Finalmente, la magistrado Cecilia Sosa Gómez denunció la incoherencia del Acuerdo, al estimar que “pretende convalidar el Decreto de la Asamblea dirigido directamente a desconocer el Estado de Derecho en el cual ha nacido”.

Denunció, además, la Magistrado Sosa la contradicción del Acuerdo, pues al:

Respaldar el contenido del Decreto de Emergencia Judicial dictado por la Asamblea, (la Corte) desconoce rotundamente no sólo el contenido de sus sentencias sino los límites demarcados en las bases comiciales que gobiernan el funcionamiento de la Asamblea y el ordenamiento constitucional y legal, enteramente vigente y cuya garantía ha sido confiada a este Alto Tribunal.

Consideró, además, que la Corte, con el Acuerdo:

Reniega su propia jurisprudencia, que fijó la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente, y, consecuentemente, ha mostrado su fragilidad y debilidad ante el Poder Político y, deberá su precaria permanencia al Presidente de la República, que magnánimamente no ha ordenado su disolución.

La Magistrado Sosa, sin duda, tenía claro el panorama futuro de la Corte, cuyos magistrados fueron removidos tres meses después por la propia Asamblea Nacional Constituyente. Por ello denunció, además, que con el Acuerdo, la Corte había permitido que la Asamblea enervara las facultades que el pueblo soberano:

234 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 77-80, EJV, Caracas, 1999, pp. 68 y ss.

Donde reside el único y verdadero poder originario”, confirió a la Asamblea, pues a la Asamblea no se la había autorizado “para intervenir o sustituir los poderes constituidos, erigiéndose en una suerte de “superpoder” donde se concentran todas las potestades públicas.

Consideró que ello lo había logrado la Asamblea “con el respaldo del Acuerdo” cuyo contenido deploró.

Advirtió la magistrado Sosa que la Corte, “mediante un artilugio jurídico”, se había sometido “a los designios de la Asamblea, aceptando que ella pueda sustituirse a la Corte Suprema de Justicia y al Poder Judicial, a través de una falsa colaboración”. La Asamblea “no está por encima de la Constitución que le permitió existir” -dijo-, por lo que la Magistrado disidente denunció que con el Decreto, la Asamblea:

Se arrojó atribuciones del poder constituido, y olvidó que debe responder sólo a lo que el pueblo soberano le autorizó...; ... ha violentado con esta actuación -validada por la Corte- esa Constitución, desconociendo abierta y flagrantemente sus postulados. Y, sin una Constitución simplemente no hay Democracia... con ese Decreto la Asamblea Nacional Constituyente rompió el equilibrio de esa Democracia.

La verdad es que ya lo había roto con anterioridad al haber perpetrado el golpe de Estado, de lo cual el Decreto era una manifestación más, pero no la única. Finalmente, la magistrado Sosa denunció que más que “sumisión al Estado de Derecho”, la Corte con el Acuerdo, había declarado su “sumisión a la Asamblea Nacional Constituyente”; y con ello, en definitiva su disolución, como en efecto ocurrió tres meses después. Por último, la magistrado Sosa hizo esta definitiva afirmación, que patentizó la actuación de la Corte:

El miedo a desaparecer como Magistrados y el ansia de colaborar con una mayoría que se ha arrogado todos los poderes fue más grande que la dignidad y la defensa de los valores fundamentales que el Derecho y la Democracia imponen a la Corte Suprema de Justicia.

Basta glosar este voto salvado, tremendamente crítico, para entender la naturaleza del acto de sumisión de la Corte Suprema de Justicia a la Asamblea Nacional Constituyente. La Magistrado Sosa, el mismo día del Acuerdo, renunció a su condición de Magistrado; y poco tiempo después, como se dijo, la mayoría de los otros Magistrados fueron sacados inmisericordemente de sus cargos por el nuevo poder que ellos habían apuntalado, y del cual fueron sus primeras víctimas.

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

A. La aceptación por el Tribunal Supremo de Justicia de la transitoriedad en materia de régimen disciplinario judicial

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

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

Dicha Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, sin embargo, fue creada en el mencionado Decreto del Régimen de Transición del Poder Público (art. 27) dictado por la Asamblea Nacional Constituyente el 22 de diciembre de 1999²³⁵, en el cual se dispuso que mientras el Tribunal Supremo organizaba su referida Dirección Ejecutiva de la Magistratura, el gobierno y administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los Tribunales, y todas las competencias que la legislación para ese momento vigente atribuían al Consejo de la Judicatura, serían ejercidas por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (art. 21).

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

Por otra parte, la disposición del artículo 23 del Decreto del 22 de diciembre de 1999 constituía una verdadera “Disposición Transitoria” que debió haber sido incorporada en las de la propia Constitución, la cual, sin embargo dictó la Asamblea en evidente usurpación de autoridad (la del pueblo), disponiendo que la competencia disciplinaria judicial que correspondía a los tribunales disciplinarios de conformidad con el artículo 267 de la Constitución recién aprobada, sería ejercida por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, y no por los jueces:

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

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

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

²³⁵ V. en *Gaceta Oficial* nº 36859 de 29-12-99. V. los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, cit., pp. 1017 y ss.

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

Pero en materia de jurisdicción disciplinaria de los jueces, en el artículo 30 de la misma Normativa, el Tribunal Supremo, sin justificación alguna, prorrogó la existencia y funcionamiento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración, que debía ser organizada en la forma que determinase el Tribunal Supremo de Justicia, la cual sólo tendría a su cargo luego de la vigencia de la referida Normativa, “funciones disciplinarias mientras se dicta la legislación y se crean los correspondientes Tribunales Disciplinarios”. Continuó así dicha Comisión en el ejercicio de funciones transitorias en materia disciplinaria; situación que fue nuevamente prorrogada por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de mayo de 2004²³⁶, en cuya Disposición Transitoria Única, párrafo 2, e) se dispone que:

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

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

B. La inexistencia de la carrera judicial y la ausencia de estabilidad de los jueces

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

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

236 V. en *Gaceta Oficial* n° 37942 de 20-05-2004.

su sucesora, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial creada en el Régimen de Transición del Poder Público el 22 de diciembre de 1999, en efecto, destituyeron cientos de jueces en el país, extinguiendo la garantía de la estabilidad de los jueces. La Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia nombrada en agosto de 2000, que comenzó a funcionar en paralelo con la Comisión de Funcionamiento, además, continuó la política de estructurar un Poder Judicial integrado por jueces provisionales o temporales, los cuales han llegado a conformar más del 80% del universo de los jueces, quienes han quedado dependientes y vulnerables a las presiones del poder²³⁷, habiendo materialmente desaparecido la autonomía e independencia del Poder Judicial. Además, los concursos públicos para la designación de los jueces que se habían instituido en 2000, fueron suspendidos a partir de comienzos de 2003; y la destitución de los jueces sin fórmula de juicio ni derecho a ser oídos, sigue siendo la regla.

Un ejemplo basta: con ocasión de la decisión del Consejo Nacional Electoral sobre el reconocimiento y desconocimiento de firmas de apoyo a la solicitud de referendo revocatorio presidencial en 2004, adoptada después de que una gran marcha de protesta organizada por la oposición el día 27 de febrero de 2004, precisamente en defensa de las firmas y solicitudes consignadas, la misma fue brutalmente reprimida por las fuerzas de seguridad del Estado, aún antes de que se pretendiera entregar un documento en la reunión de Presidentes del “Grupo de los 15” en Caracas²³⁸. Ello originó una ola de protestas cívicas generalizadas en todo el país²³⁹, la mayoría de ellas de carácter espontáneo, que fueron de nuevo y en forma continuada brutalmente reprimidas por la Guardia Nacional, en una forma nunca antes vista en el país (por la nueva tecnología de represión existente y por el odio demostrado por la fuerza pública en la represión), originando detenciones ilegales y violaciones generalizadas a los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad e integridad personales²⁴⁰. La protesta ante la brutal represión tuvo repercusión nacional²⁴¹ y mundial²⁴², y el 6 de marzo de 2004 se efectuó en Caracas una extraordinaria y multitudinaria manifestación de rechazo contra la represión del gobierno²⁴³. Pero la intervención del Poder Judicial en Venezuela había sido de tal naturaleza, que cuando dos juezas penales dieron libertad a algunos detenidos en las manifestaciones de protesta conforme al principio procesal penal vigente en el país que garantiza a las personas el derecho a

237 V. lo indicado en el Informe *Manipulando el Estado de Derecho: Independencia del Poder Judicial amenazada en Venezuela*, Human Rights Watch, junio de 2004, Vol. 16, nº 3 (B), p. 11, donde se habla incluso de los “jueces desechables”.

238 V. *El Nacional*, Caracas 28-02-2004, p. A-1 y A-2. Dos semanas antes, otra multitudinaria marcha de la oposición con el mismo fin se había realizado en Caracas, V. *El Universal*, Caracas, 15-02-2004, p.1-1; *El Nacional*, Caracas 1-02-2004, p. A-1.

239 V. por ejemplo, *El Universal*, Caracas 28-02-2004, p. 1-1; *El Nacional*, Caracas 01-03-2004, p. A-1; *El Nacional*, Caracas 02-03-2004, p. A-1.

240 V. *El Nacional*, Caracas 04-03-2004, p. A-1; *El Nacional*, Caracas 06-03-2004, p. A-1.

241 V. por ejemplo la declaración de los decanos de las facultades de derecho y miembros de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en *El Nacional*, Caracas 06-03-2004, p. A-4.

242 V. por ejemplo la manifestación de la Sociedad Internacional para los Derechos Humanos, firmada entre otros por los Presidentes de Polonia, Lituania y República Checa, Lech Walesa, Witold Gombrowicz y Vaclav Havel. V. en *El Nacional*, Caracas 06-03-2004, p. A-2.

243 V. *El Nacional*, Caracas, 07-03-2004, pp. A-1; A-2; A-3

ser juzgado en libertad, siendo la excepción la privación de la libertad del procesado; dichos jueces fueron inmediatamente destituidas por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, sin respetárseles, por supuesto, el derecho al debido proceso²⁴⁴, lo que originó nuevas protestas públicas²⁴⁵ y jurídicas²⁴⁶. Ya la cabeza del Poder Judicial estaba al servicio del poder político.

II. LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO COMO JUEZ EN SU PROPIA CAUSA

Uno de los pilares del Estado de derecho y del control de los poderes, es que nadie puede ser juez de su propia causa. Es decir, nadie puede ser en un proceso, a la vez, juez y parte. Y ello aplica, por supuesto, a los ciudadanos y a los órganos del Estado.

En Venezuela, sin embargo, el órgano llamado a garantizar la supremacía constitucional, los principios del Estado de derecho y la vigencia efectiva de los derechos ciudadanos, que es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha sido precisamente el que ha violado tan elemental principio constitucional, y ha sido juez en su propia causa, al decidir las acciones de inconstitucionalidad del acto de la Asamblea Nacional Constituyente de su propia creación y nombramiento de sus magistrados; así como de la Ley Especial dictada por la Asamblea Nacional que estableció los requisitos para su nombramiento llegando a decidir que las condiciones constitucionales para ser magistrados no se les aplican a ellos. Esta conducta se ha configurado como un atentado a la majestad del Poder Judicial, convirtiendo a la Sala Constitucional en el instrumento para destruir la autonomía e independencia del Poder Judicial.

1. La Sala Constitucional decidiendo en su propia causa sobre el inconstitucional Régimen Transitorio paralelo de la Constitución de 1999 que le dio origen

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia fue creada por la Asamblea Nacional Constituyente, la cual designó a sus Magistrados antes de que la Constitución de 1999 entrara en vigencia, mediante el antes mencionado inconstitucional Decreto sobre Régimen Transitorio del Poder Público de 22 de diciembre de 1999. Esos mismos magistrados de esa misma Sala Constitucional fueron jueces en su propia causa, al conocer de la impugnación por inconstitucionalidad del Decreto de su nombramiento y creación, decidiendo que se trataba de un acto de rango constitucional, el cual, sin embargo, no había sido aprobado por el pueblo mediante referendo.

244 V. el Informe *Manipulando el Estado de Derecho: Independencia del Poder Judicial amenazada en Venezuela*, Human Rights Watch, junio de 2004, Vol. 16, n° 3 (B), p. 15.

245 V. sobre la manifestación ante la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia, en *El Nacional*, Caracas, 05-03-2004, p. A-4.

246 V. la declaración de los Decanos de las facultades de derecho y miembros de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en *El Nacional*, Caracas 06-03-2004, p. A-4.

El principio más elemental del Estado de derecho, de que nadie puede ser a la vez juez y parte, fue violado por el propio Tribunal Supremo al comenzar el ejercicio de sus funciones en 2000; y ese ha sido el Tribunal Supremo encargado durante el último lustro, precisamente, del gobierno y administración del Poder Judicial.

A. La ausencia de disposiciones transitorias sobre el Poder Judicial en la Constitución de 1999

Una de las reformas constitucionales de mayor importancia sobre el Poder Judicial introducidas en la Constitución aprobada mediante referendo el 15 de diciembre de 1999, fue la transformación de la Corte Suprema de Justicia que estaba dividida en tres Salas: Político-Administrativa, de Casación Civil y de Casación Penal; en un Tribunal Supremo de Justicia (Art. 262), dividido en seis Salas: Constitucional, Político-Administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social (Art. 262); y al cual se atribuyó, además, el gobierno y administración del Poder Judicial a través de una Dirección Ejecutiva de la Magistratura (Art. 267), función que antes había estado a cargo del Consejo de la Judicatura. Sin embargo, a pesar de ese importante cambio institucional, la Constitución no estableció norma alguna en sus Disposiciones Transitorias para regular la transición entre los órganos superiores del Poder Judicial que existían conforme a la Constitución de 1961 y los nuevos órganos previstos en la nueva Constitución. Esa había sido la voluntad expresada por el poder constituyente originario (el pueblo) en torno a la transitoriedad constitucional, lo que implicaba la continuidad de los anteriores hasta que se dictaran las leyes necesarias para implementar el funcionamiento de los nuevos.

En efecto, el nuevo texto constitucional, si bien contiene 28 Disposiciones Transitorias en las cuales se regularon aspectos tendientes a asegurar la vigencia inmediata de la Constitución, a posponer la vigencia de algunas normas, y a establecer el programa legislativo para la ejecución de la Constitución; en el mismo nada se resolvió sobre la posible inmediata transición, por ejemplo, de los titulares electos de los órganos representativos del Poder Público regulados conforme a la Constitución de 1961 y que habían sido electos en noviembre y diciembre de 1998; hacia los nuevos órganos del Poder Público previstos en la Constitución de 1999.

En tal sentido puede afirmarse que los constituyentes, al redactar el texto constitucional, no previeron transición constitucional alguna distinta a la contenida en las referidas Disposiciones Transitorias; y ello fue lo aprobado popularmente en el referendo aprobatorio de la Constitución. Incluso, el intento de combinar un referendo consultivo junto con el referendo aprobatorio de la Constitución, para conocer la opinión popular sobre la cesación del mandato de las autoridades ejecutivas de la República que se habría motorizado en el seno de la Asamblea, había sido abortado por la propia Asamblea Nacional Constituyente²⁴⁷

Por tanto, la no previsión de normas expresas para asegurar la inmediata sustitución de los titulares de los órganos del Poder Público en las Disposiciones Transito-

²⁴⁷ V. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, *Noviembre 1999-Enero 2000*, Sesión de 19-11-99, n° 46, p. 3; y Sesión de 9-12-99, n° 48, pp. 5 y ss.

rias producía, como en su momento dijimos²⁴⁸, la siguiente situación constitucional en un régimen democrático, que era precisamente la que se había aprobado en el referendo del 15 de diciembre de 1999:

1. En cuanto a los órganos del Poder Público Nacional, la nueva Constitución establecía una Asamblea Nacional unicameral. Sin embargo, al no preverse una Disposición Transitoria expresa que dispusiera otra cosa, mientras se elegía la nueva Asamblea Nacional, las Cámaras Legislativas (Senado y Cámara de Diputados) cuyos miembros habían sido electos en año antes, en noviembre de 1998, debían continuar funcionando. Los diputados y senadores no podían dejar de ejercer sus funciones, pues de lo contrario se podía producir un vacío institucional insalvable en la propia Constitución, totalmente inaceptable.

La elección de los nuevos diputados a la Asamblea Nacional, por otra parte, debía realizarse conforme a las leyes electorales vigentes, adaptadas a la Constitución por el Consejo Nacional Electoral conforme a sus competencias para resolver las dudas y vacíos que suscitasen las leyes (art. 293, Ord. 1º) y la interpretación que estableciera el Tribunal Supremo de Justicia.

En todo caso, la permanencia de los diputados y senadores derivaba del principio elemental del funcionamiento del Estado, de que mientras un nuevo funcionario no tome posesión de un cargo, el funcionario anterior está obligado a permanecer en el mismo. De lo contrario, podría incurrir en el delito de abandono de funciones (art. 209 Código Penal).

Por ello, también, en relación con el Presidente de la República que había sido electo en diciembre de 1998, éste debía permanecer en su cargo hasta que se produjese la elección de un nuevo Presidente de la República conforme a las previsiones de la nueva Constitución.

En cuanto a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, también debían permanecer en sus cargos hasta tanto la nueva Asamblea Nacional que se eligiera, regulara legalmente el nuevo Tribunal Supremo de Justicia y nombrara sus Magistrados conforme a las nuevas Salas, de acuerdo con los nuevos criterios previstos en la Constitución en cuanto a la transparencia para la postulación y selección (Comité Postulaciones Judiciales).

En lo que se refiere al Fiscal General de la República, al Contralor General de la República, y a los miembros del Consejo Nacional Electoral, también debían permanecer en sus cargos, hasta tanto la nueva Asamblea Nacional que se eligiese, designara sus sustitutos conforme al procedimiento y criterios de transparencia de postulación y selección previstos en la nueva Constitución (Comité de Postulaciones del Poder Ciudadano).

En cambio, en cuanto al Defensor del Pueblo, que también era una creación de la nueva Constitución, la Constitución expresamente previó la única solución constitucional para la transición de funcionarios del Poder Público, al atribuir a la propia Asamblea Nacional Constituyente, en la Disposición Transitoria Novena, la potestad de efectuar tal *nombramiento provisional* del Defensor, hasta tanto la nueva Asamblea Nacional que se eligiese, designase definitivamente a dicho funcionario.

248 V. los comentarios que hicimos en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*, Caracas 2000, pp. 253 y ss.; y *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo II, cit., pp. 1015 y ss.

Se destaca, por tanto, que la Constitución sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente y aprobado en el referendo de 15 de diciembre de 1999, sólo estableció un régimen de transición respecto del nombramiento un solo funcionario, el Defensor del Pueblo, sin disponer nada distinto respecto de los otros órganos de los otros poderes del Estado, cuya transición tenía que regirse, entonces, ineludiblemente, por los principios antes indicados. El Constituyente que, en definitiva, fue el pueblo al aprobar la Constitución en el referendo, no había dispuesto otra cosa.

2. En cuanto a los órganos del Poder Estatal, los Diputados a las Asambleas Legislativas electos en noviembre de 1998, en ausencia de Disposición Transitoria constitucional que regulara algo distinto, también debían continuar en sus cargos, hasta tanto se eligiera, conforme a la nueva Constitución, a los miembros de los nuevos Consejos Legislativos Estadales.

En igual forma, en cuanto a los Gobernadores de Estado que habían sido electos en noviembre de 1998, debían permanecer en sus cargos hasta tanto se eligieran los nuevos Gobernadores conforme a la nueva Constitución.

En cuanto a los órganos del Poder Municipal, tanto los Alcaldes como los Concejales miembros de los Concejos Municipales, conforme a lo previsto en el Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de 26 de agosto de 1999²⁴⁹, cuyo período, además, estaba vencido, debían permanecer en sus cargos, hasta tanto fueran electos los nuevos Concejales y Alcaldes conforme a las previsiones de la nueva Constitución.

El anterior debía ser, en un régimen democrático, en estricta lógica constitucional y en ausencia de previsiones expresas en las Disposiciones Transitorias de la Constitución, el régimen de transición de los órganos del Poder Público. No puede decirse que en esta materia había “vacío constitucional” alguno, pues ello había sido la voluntad constituyente; y por ello, incluso, en cuanto a la transición respecto de los órganos del *Poder Ejecutivo* (Nacional, Estatal y Municipal), ese fue el sentido de la regulación contenida, por ejemplo, en el Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de “Régimen de Transición del Poder Público”, dictado el 22 de diciembre de 1999²⁵⁰, que dispuso:

Artículo 16: El actual Presidente de la República, los actuales Gobernadores de los Estados y Alcaldes de los Municipios continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta tanto se produzca su elección mediante comicios populares.

Una regulación similar, en ausencia de Disposiciones Transitorias en la Constitución, era la que el principio democrático exigía respecto de todos los otros cargos electivos para regular la transición de los órganos del Poder Público.

Sin embargo, la Asamblea Nacional Constituyente, ante el supuesto “vacío constitucional” que ella deliberadamente habría regulado y sometido a la aprobación de la voluntad popular, en un evidente fraude a la Constitución se burló de su propia obra y de la voluntad popular, y una semana después, sancionó el Decreto mencionado de Régimen de Transición del Poder Público de 20 de diciembre de 1999; procediendo a designar a los diversos titulares de los órganos de los nuevos Poderes Públicos

249 *Gaceta Oficial* n° 36776 de 31-08-99.

250 *V. en Gaceta Oficial* n° 36.859 de 29-12-99.

incluido el Poder Judicial, al margen de lo establecido en la propia Constitución, y aún antes de que ésta entrara en vigencia.

B. La “creación” y constitución por la Asamblea Nacional Constituyente del nuevo Tribunal Supremo de Justicia, de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial y de otros órganos del Estado, al margen de la Constitución

La primera burla a la Constitución de 1999, en efecto, fue realizada por la propia Asamblea Nacional Constituyente en los días posteriores a su aprobación popular (15-12-99), mediante la emisión del mencionado Decreto no previsto constitucionalmente, de “Régimen de Transición del Poder Público” del 22 de diciembre de 1999²⁵¹, dos días después de la “proclamación” de la nueva Constitución y antes de su entrada en vigencia, ya que su publicación fue deliberadamente demorada hasta el 30 de diciembre de 1999²⁵².

En efecto, ante la ausencia de alguna regulación en las Disposiciones Transitorias de la nueva Constitución que se refiriera a cesación en sus cargos de los titulares de los órganos del Poder Público y al nombramiento de nuevos funcionarios para ello, y ante el afán sobrevenido en el nuevo poder de sustituir a todos los titulares de los órganos del Estado sin respaldo constitucional y sin esperar la elección de la nueva Asamblea Nacional; la Asamblea Nacional Constituyente, antes de la publicación de la nueva Constitución, con fecha 22 de diciembre de 1999, sin tener competencia constitucional alguna para ello y, por tanto, en forma ilegítima, dictó el Decreto de “Régimen de Transición del Poder Público” disponiendo así lo que el pueblo el 15 de diciembre de 1999 no había querido resolver de esa forma.

Para hacerlo, de nuevo, la Asamblea se fundamentó en los supuestos poderes que se había venido auto atribuyendo desde el artículo 1° de su Estatuto de Funcionamiento, respecto de la potestad de decidir la cesación de las autoridades de los órganos del Poder Público; supuestos poderes que también consideró como derivados del referendo del 25 de abril de 1999, “para hacer efectivo el proceso de transición hacia el régimen establecido en la Constitución de 1999”, lo que no estaba escrito en norma alguna; y, finalmente, en el “carácter presupuesto y supra constitucional” de las normas que aprobaba la Asamblea, para lo cual de nuevo invocó la “conveniente” doctrina de la sentencia del 14 de octubre de 1999 de la Corte Suprema de Justicia, que había resuelto el recurso de nulidad intentado contra el Decreto de la Regulación del Poder Legislativo, en la cual, sin embargo, sólo se le había atribuido rango supraconstitucional a las previsiones de las bases comiciales del *referendo* del 25 de abril de 1999, pero no a los actos de la Asamblea Nacional Constituyente²⁵³.

Dicho “Régimen de Transición del Poder Público”, como se precisó en el Capítulo I del Decreto, tenía por objeto establecer un régimen de transición para “permitir la

251 V. en *Gaceta Oficial* n° 36.859 de 29-12-99.

252 V. en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, *Noviembre 1999-Enero 2000*, cit. Sesión de 22-12-9, n° 51, pp. 2 y ss. V. *Gaceta Oficial* n° 36.859 de 29-12-99; y *Gaceta Oficial* n° 36.860 de 30-12-99.

253 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 111 y ss.

vigencia inmediata de la Constitución” (art. 1). La verdad es que nada impedía dicha vigencia inmediata y habían sido las Disposiciones Transitorias de la Constitución aprobada por el pueblo, las que habían dispuesto los aspectos concernientes a los efectos inmediatos o mediatos, según los casos, de las normas de la Constitución.

La Asamblea, sin embargo, sin autoridad alguna, resolvió dictar el mencionado régimen de transición cuyas previsiones, como se señaló en su texto, supuestamente “desarrollan y complementan las Disposiciones Transitorias” (art. 2) de la nueva Constitución. Nada de esto había sido autorizado en el nuevo texto constitucional aprobado por el pueblo, por lo que la Asamblea Nacional Constituyente carecía de toda competencia para ello.

Es decir, la Asamblea, sin ningún poder derivado del pueblo, ilegítimamente decidió dictar por sí misma y al margen de la nueva Constitución que ella misma había redactado, sancionado y proclamado dos días antes (20-12-99), un régimen constitucional transitorio no establecido en el texto de la nueva Constitución y sin someterlo a aprobación popular por la vía de referendo. Se consumaba así un fraude a la propia Constitución

Supuestamente, para suplir los “vacíos” que la misma Asamblea había originado al no prever el régimen de transición del Poder en las Disposiciones Transitorias de la Constitución, la Asamblea, en lugar de aplicar en general el mencionado principio de continuidad del Poder que se reflejó en el antes transcrito artículo 16 del Decreto de Transición, incurrió en usurpación de autoridad, la del poder constituyente originario del pueblo. Este era el que hubiera podido haber aprobado ese régimen transitorio en el referendo del 15 de diciembre de 1999; y lo la Asamblea nacional Constituyente una semana después (22-12-99), en el antes mencionado Decreto, violando, además, las bases comiciales del referendo del 25 de abril de 1999. La Asamblea Nacional Constituyente, en definitiva, había continuado con su táctica del golpe de Estado continuado.

En este Decreto, fundamentalmente, la Asamblea Nacional Constituyente tomó el siguiente conjunto de decisiones en cuanto a los órganos del Poder Público, incluido el Poder Judicial, violatorios del principio democrático²⁵⁴; y que fueron los que “crearon” el vacío constitucional²⁵⁵:

1. La eliminación del Congreso, la cesación del mandato de los Senadores y Diputados electos un año antes (Art. 4) y el nombramiento de una Comisión Legislativa Nacional (el denominado “Congresillo”) que “creó” sin previsión constitucional alguna, a la cual le atribuyó la función legislativa, también sin regulación constitucional alguna²⁵⁶; y la cual debía funcionar desde el 1º de febrero de 2000 “hasta

254 V. lo que expusimos en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.*, p. 76 a 81.

255 V. el estudio detallado de este Régimen en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo II, *cit.* pp. 1017 y ss.

256 Con posterioridad, la Asamblea Nacional Constituyente, en fecha 30-01-2000, dictó un Decreto de Ampliación de las Competencias de la Comisión Legislativa Nacional, en el cual asignó a dicha Comisión una serie de competencias especiales para considerar diversas materias y dictar legislación al respecto. La Asamblea dictó el Decreto nuevamente “en ejercicio del poder soberano constituyente originario”, con lo cual ya no era posible asignarle ningún otro calificativo al poder que se había otorgado a la Asamblea; habiendo sido calificado dicho Decreto por sentencia n° 1454 de fecha 18-2-01 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, (*Caso: C.A. Good Year de Venezuela*) como de “rango constitucional”.

tanto se elijan y tomen posesión los diputados integrantes de la Asamblea Nacional” (art. 5)²⁵⁷. Hasta el 1º de febrero de 2000, la Asamblea Nacional Constituyente se “reservaría” el ejercicio del Poder Legislativo, sin autoridad constitucional alguna.

2. La disolución de las Asambleas Legislativas de los Estados (Art. 11), la cesación del mandato de los diputados que habían sido electos un año antes y la “creación” de unas Comisiones Legislativas Estadales no reguladas en texto alguno, atribuyendo incluso el nombramiento de sus miembros, a la “Comisión Coordinadora de la Asamblea Nacional Constituyente” (art. 12)²⁵⁸. Ello no sólo era ilegítimo, al no estar prevista esa facultad en norma alguna, sino que también era violatorio de las bases comiciales aprobadas en el referendo del 25 de abril de 1999, así como de la antes mencionada garantía democrática, que era uno de sus límites supra constitucionales.

3. El control de Alcaldías y Concejos Municipales, al someterlos²⁵⁹ a la supervisión y control de la Asamblea Nacional Constituyente o de la Comisión Legislativa Nacional hasta tanto se eligieran popularmente sus nuevos integrantes; atribuyendo a la Comisión Coordinadora de la Asamblea Nacional Constituyente o la Comisión Legislativa Nacional la potestad de sustituir parcial o totalmente la integración de los Concejos Municipales, así como sustituir a los Alcaldes, en los casos de graves irregularidades administrativas.

4. La cesación en sus funciones del Contralor General de la República, del Fiscal General de la República y la designación de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano y del Poder Electoral. En consecuencia, la Asamblea Nacional Constituyente, en el Decreto sobre Régimen de Transición de Poder Público, no sólo nombró al Defensor del Pueblo (art. 34), que era para lo único que tenía competencia constitucional expresa en las Disposiciones Transitorias de la Constitución de 1999, sino también al Contralor General de la República (art. 36) y al Fiscal General de la República (art. 35), en forma provisional mientras la Asamblea Nacional, una vez que se eligiese, designara a los nuevos titulares. En cuanto al Poder Electoral, la Asamblea Nacional Constituyente, careciendo totalmente de competencia para ello, y en forma ilegítima, en el Decreto del 22 de diciembre de 1999 se auto atribuyó competencia para designar a los integrantes del Consejo Nacional Electoral (art. 40), designaciones que realizó días después, con carácter provisorio, al nombrar a personas, todas vinculadas al nuevo poder político y a los partidos que apoyaban al gobierno, lo que incluso no garantizaba la imparcialidad electoral necesaria, burlándose del artículo 296 de la nueva Constitución.

5. Por último, la Asamblea Nacional Constituyente, sin tener autoridad constitucional alguna, al margen de lo dispuesto en el texto de la Constitución que venía de ser aprobada por el pueblo una semana antes, y antes de que fuera publicada y entra-

257 Incluso, la Asamblea nombró otros miembros del Congresillo con posterioridad. *Gaceta Oficial* N° 36.903 de 01-03-00.

258 Posteriormente, la Comisión de Coordinación de la Asamblea Nacional Constituyente, supuestamente “de conformidad con las facultades otorgadas por dicha Asamblea en sesión del 22-12-99”, las cuales no se identificaban, resolvió el 04-01-00 dictar un “Régimen para la integración de las Comisiones Legislativas de los Estados. *Gaceta Oficial* n° 36.865 de 07-01-00.

259 V. *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, cit., Sesión de 22-12-99, n° 51, p. 5.

ra formalmente en vigencia, en el Decreto sobre Régimen de Transición del Poder Público de 22 de diciembre de 1999, dispuso la eliminación de la Corte Suprema de Justicia, la creación del Tribunal Supremo de Justicia y de sus Salas, la designación de los nuevos Magistrados y la creación de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial.

En efecto, artículo 17 del Decreto dispuso que la Corte Suprema de Justicia, sus Salas y sus dependencias desaparecían y pasaban a conformar el nuevo Tribunal Supremo de Justicia (cuyo régimen en el nuevo texto constitucional ni siquiera estaba en vigencia pues no se había publicado), por lo que, además de las Salas Político Administrativa, de Casación Penal y de Casación Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia, cuya extinción se decretó, la Asamblea Nacional Constituyente “creó” las Salas Constitucional, de Casación Social y Electoral que preveía la nueva Constitución y que aún no había entrado en vigencia.

En el artículo 19 del Decreto, la Asamblea, además, designó a los Magistrados que pasaban a integrar el Tribunal Supremo de Justicia, *sin sujetarse a las exigencias constitucionales para la postulación de candidatos y la participación de la sociedad civil en el Comité de Postulaciones Judiciales y sin sujetarse a las condiciones establecidas en la nueva Constitución para ocupar dichos cargos*, designando entre los “nuevos” Magistrados, a quien en los dos últimos meses había sido el Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Sus servicios habían sido reconocidos.

En materia de funcionamiento del Poder Judicial, por otra parte, era patente la ausencia de Disposiciones Transitorias en la nueva Constitución; pero esa había sido la voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente al sancionar el texto constitucional y del pueblo al aprobar la Constitución mediante el referendo del 15 de diciembre de 1999. Dichas Disposiciones Transitorias, en efecto, sólo contenían “una mención” en la *Disposición Transitoria Cuarta*, en relación con una “Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial”, que sin embargo, no existía, y únicamente a los efectos de que desarrollase transitoriamente el “sistema de defensa pública” hasta que se dictase la ley respectiva. Y nada más. Incluso, se insiste, dicha Comisión prevista en la Disposición Transitoria, no existía al sancionarse la Constitución y someterse al referendo del 15 de diciembre de 1999 y sólo fue posteriormente, en el Decreto del Régimen de Transición del Poder Público que la Asamblea Nacional Constituyente “creó” dicha “Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial” (art. 27). Ese órgano, sin embargo, *constitucionalmente sólo tenía la competencia prevista en la mencionada Disposición Transitoria Cuarta* de la Constitución de 1999, de desarrollar el sistema de defensa pública.

Ahora bien, en esta materia, la Asamblea Nacional Constituyente tomó diversas decisiones totalmente incongruentes. Como se ha dicho, comenzó en el Decreto, antes de entrar en vigencia la nueva Constitución, nombrando provisionalmente (art. 20) a los Magistrados de un Tribunal Supremo de Justicia (art. 19) que “creó”, así como de las nuevas Salas (art. 17), las cuales para ese momento ni siquiera existían por no estar en vigencia el nuevo texto constitucional, por lo que también “creó”, las Salas, (art. 17), para lo cual no tenía competencia constitucional alguna.

Por otra parte, la Asamblea adoptó diversas normas transitorias no previstas en la nueva Constitución para asegurar la “vigencia inmediata” de la misma a pesar de que aún no estaba en vigencia, y dispuso que el Consejo de la Judicatura pasaría a conformar la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justi-

cia, conforme a lo dispuesto en el artículo 267 de la Constitución que tampoco estaba en vigencia, a cuyo fin dispuso la cesación en sus funciones de los consejeros del Consejo de la Judicatura (art. 26).

A renglón seguido, dispuso otro nuevo régimen transitorio, en relación al anterior, también transitorio, sin competencia alguna para ello, al señalar que mientras el Tribunal Supremo no organizase la referida Dirección Ejecutiva, el gobierno y administración, la inspección y vigilancia de los Tribunales, y todas las competencias que la legislación para ese momento vigente atribuían al Consejo de la Judicatura, serían ejercidas por la “Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial” (art. 21).

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

Por otra parte, como se dijo, la Asamblea en evidente usurpación de autoridad (la del pueblo), dispuso que la competencia disciplinaria judicial que correspondía a los tribunales disciplinarios de conformidad con el artículo 267 de la Constitución aprobada, también fuera ejercida por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. Como hemos advertido, además, esa Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial que ha funcionado en paralelo al Tribunal Supremo durante un lustro, acaba de ser nuevamente reforzada por la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de mayo de 2004²⁶⁰.

Lamentablemente, el “activismo judicial” de la Sala Constitucional que la ha llevado, incluso, a juzgar de oficio la inconstitucionalidad de la omisión del Legislador en, por ejemplo, no sancionar la Ley Orgánica del Poder Municipal²⁶¹, no ha sido aplicado para tratar de obligar al legislador a dictar las leyes básicas para garantizar precisamente la autonomía e independencia del Poder Judicial, que el Tribunal Supremo administra y gobierna.

En todo caso, con posterioridad al Decreto sobre Régimen Transitorio que creó la mencionada Comisión, la Asamblea Nacional Constituyente dictó otros dos Decretos el 18 de enero de 2000 en relación con el Poder Judicial, también “en ejercicio del poder soberano constituyente originario”, que fueron el relativo a la designación del Inspector de Tribunales²⁶², y el relativo a la designación de los miembros de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial²⁶³.

260 V. en *Gaceta Oficial* n° 37942 de 20-05-2004.

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

262 *Gaceta Oficial* n° 36.878 de 26-01-00.

263 *Gaceta Oficial* n° 36.878 de 26-01-00.

C. La Sala Constitucional como juez en su propia causa:

El reconocimiento, por parte del Tribunal Supremo de Justicia que había sido producto del “Régimen de Transición del Poder Público”, del rango constitucional del mismo y de la existencia de un doble régimen transitorio constitucional: uno constitucional y otro paraconstitucional.

El Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público, por supuesto, fue impugnado ante la Sala Plena de la antigua Corte Suprema de Justicia en fecha 29 de diciembre de 1999, particularmente respecto a los nombramientos del Fiscal General de la República, Contralor General de la República, *Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia*, Defensora del Pueblo, Directivos del Consejo Nacional Electoral y miembros de la Comisión Legislativa Nacional (“Congresillo”).

Luego de la remisión del expediente a la Sala Constitucional del nuevo Tribunal Supremo de Justicia, ésta, mediante una de sus primeras sentencias, la N° 4 de fecha 26 de enero de 2000 (Caso: *Eduardo García*)²⁶⁴, cuyo Ponente fue precisamente el magistrado Iván Rincón Urdaneta, último Presidente de la extinta Corte Suprema de Justicia y designado Presidente del nuevo Tribunal Supremo de Justicia, reconoció que el Decreto era “un acto de rango y naturaleza constitucional” y, además:

[De] naturaleza organizativa, por el cual se produjo la designación de altos funcionarios del Poder Público Nacional, el cual se fundamenta en los propósitos de reorganización del Estado, conferidos a la Asamblea Nacional Constituyente.

Los magistrados de la Sala Constitucional que decidieron el caso, pusieron de lado el hecho de que estaban decidiendo sobre el acto de su propio nombramiento, y concluyeron señalando que:

Tomando en cuenta lo antes señalado, estima la Sala que, dado el carácter originario del poder conferido por el pueblo de Venezuela a la Asamblea Nacional Constituyente, mediante la pregunta N° 1 y la Base Comicial Octava del referendo consultivo nacional, aprobado el 25 de abril de 1999, y por tanto *la no sujeción de este poder al texto constitucional vigente para la época*, la demanda propuesta, al fundamentar las presuntas transgresiones en la referida Constitución y no en los parámetros y principios consagrados en las bases fijadas en el citado referendo, conduce forzosamente a su improcedencia.

Con posterioridad, y nuevamente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pronunció sobre el Decreto del “Régimen de Transición del Poder Público”, al ser éste impugnado en fecha 17 de enero de 2000; y mediante sentencia N° 6 de fecha 27 de enero de 2000 (Caso: *Milagros Gómez y otros vs. Asamblea Nacional Constituyente*)²⁶⁵ cuyo Ponente fue el magistrado Héctor Peña Torrelles, el Tribunal Supremo de Justicia declaró improcedente la acción de nulidad interpuesta contra el referido Decreto (en el cual se había designado a los magistrados decidores) con base en los siguientes argumentos:

En tal sentido, entiende la Sala que hasta la fecha de la publicación de la nueva Constitución, la que le precedió (1961) estuvo vigente, lo cual se desprende de la Disposición Derogatoria Única; y como los actos de la Asamblea Nacional Constituyente no estaban sujetos a la Constitución derogada, los mismos sólo podrían estar regulados -como fuera señalado por la

264 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 81, Caracas, 2000, pp. 93 y ss.

265 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 95 y ss.

sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno antes referida- por normas supraconstitucionales. Así, por argumento en contrario, sólo los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente con posterioridad a la publicación de la nueva Constitución estarían sujetos a ésta.

De todo lo anterior emerge que el acto de la Asamblea Nacional Constituyente impugnado en esta oportunidad publicado en la Gaceta Oficial número 36.859 del 29 de diciembre de 1999, esto es, con anterioridad a la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, no está sujeto ni a ésta, ni a la Constitución de 1961.

Se reconoció, así, por el Tribunal Supremo de Justicia, rango constitucional al régimen transitorio inventado por la Asamblea Nacional Constituyente, desligado tanto de la Constitución de 1961 como de la propia Constitución de 1999; régimen transitorio que, además, contenía el acto de designación de los propios Magistrados. Lo menos que podían haber hecho era inhibirse, pero no fue así; y esa y otras sentencias que juzgaron dicho régimen transitorio, como se ha dicho, constituyeron violación del principio elemental del Estado de derecho conforme al cual nadie puede ser juez en su propia causa.

Ahora bien, el aspecto jurídico medular que deriva del Decreto sobre el Régimen Transitorio del Poder Público es que la Asamblea Nacional Constituyente, burlándose del texto de las Disposiciones Transitorias de la Constitución de 1999, después que la misma había sido aprobada por el pueblo en el referendo del 15 de diciembre de 1999, dispuso otro régimen transitorio al margen de la Constitución, contenido en el mencionado Decreto, que no fue aprobado por el pueblo. Se violó, así, lo dispuesto en la “*base comicial novena*” del referendo del 25 de abril de 1999 que exigía que la nueva Constitución debía ser aprobada por el pueblo.

El Tribunal Supremo de Justicia creado, precisamente, en el Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público, se encargó de avalar este desaguisado constitucional, en la sentencia N° 180 de 28 de marzo de 2000 (Caso: *Allan R. Brewer-Carías y otros*)²⁶⁶ dictada con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera, con motivo de declarar sin lugar la demanda de nulidad intentada contra el Estatuto Electoral del Poder Público que había dictado la Asamblea el 30 de enero de 2000²⁶⁷.

En efecto, la Sala Constitucional fundamentó su decisión en que conforme al referendo del 25 de abril de 1999, la Asamblea Nacional Constituyente para cumplir su misión de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y dictar una nueva Constitución que sustituyera a la de 1961, supuestamente tenía varias alternativas para regular el régimen constitucional transitorio: *Una*, elaborar unas Disposiciones Transitorias que formaran parte de la Constitución para ser aprobada por el pueblo mediante referendo; y *otra*, dictar actos constituyentes aparte, de valor y rango constitucional, que originarían un régimen transitorio constitucional paralelo, no aprobado por el pueblo.

Esto, por supuesto, era un disparate constitucional. De acuerdo con el referendo del 25 de abril de 1999 y conforme se estableció en la *base novena* de rango supraconstitucional, como lo consideró la antigua Corte Suprema de Justicia y cuyo con-

266 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 86 y ss.

267 V. en *Gaceta Oficial* n° 36.884 de 03-02-00.

tenido no consideró el Tribunal Supremo, las nuevas normas constitucionales producto del proceso constituyente, para entrar en vigencia debían ser aprobadas por referendo popular. Esa había sido la voluntad popular expresada en el referendo del 25 de abril de 1999: que la Asamblea Nacional Constituyente no podía poner en vigencia actos con rango constitucional sino que sólo el pueblo, por referendo, podía poner en vigencia la nueva Constitución. Por ello, el pueblo venezolano fue convocado a referendo el 15 de diciembre de 1999, precisamente para aprobar la Constitución. Por tanto, conforme a la voluntad popular expresada en el referendo del 25 de abril de 1999, sólo el propio pueblo podía aprobar la Constitución mediante referendo aprobatorio, por lo que en consecuencia, no podía existir ninguna otra norma de rango constitucional que no fuera aprobada por el propio pueblo.

Por ello, al considerar el Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia mencionada n° 180 que el Estatuto Electoral dictado por la Asamblea Nacional Constituyente tenía un supuesto rango constitucional, con el objeto de llenar los supuestos “vacíos” de las Disposiciones Transitorias de la Constitución, vacíos que habían sido inventados y provocados por la propia Asamblea Nacional Constituyente antes de publicar la Constitución; puede considerarse que el Tribunal violó la soberanía popular expresada el 25 de abril de 1999 y marginó la soberanía popular expresada el 15 de diciembre de 1999. La verdad es que de nada sirvió que los venezolanos hubiésemos aprobado por referendo una Constitución el 15 de diciembre de 1999, si paralelamente la Asamblea Nacional Constituyente podía dictar otra “Constitución” conformada por normas transitorias constitucionales no aprobadas por el pueblo.

Partiendo del falso supuesto anterior, de que conforme al referendo del 25 de abril de 1999, la Asamblea Nacional Constituyente podía poner en vigencia normas constitucionales no aprobadas por el pueblo, el Tribunal Supremo de Justicia consideró que el Estatuto Electoral impugnado, al tener rango constitucional, no podía violar la Constitución de 30 de diciembre de 1999, como se había alegado en el recurso de nulidad²⁶⁸.

De esta premisa fundamental, falsa y contradictoria, el Tribunal Supremo de Justicia derivó su decisión contenida en la sentencia n° 180, en la cual:

Primero: Reconoció la existencia de un “vacío” legal (que sólo la Asamblea había creado) en las Disposiciones Transitorias de la Constitución de 1999, y pretendió llenarlo con una interpretación violatoria de la soberanía popular. El “limbo jurídico” que refiere con toda diligencia la sentencia, había sido inventado por la Asamblea Nacional Constituyente, y no fue originado por las Disposiciones Transitorias de la Constitución. Al haber sido creado dicho “vacío” por dicha Asamblea, por su arbitrariedad, de lo que se requería era de un remedio judicial constitucional por parte del Tribunal Constitucional imparcial (que no fuera juez y parte) y no de una bendición o aceptación judicial de una inconstitucionalidad. El Tribunal, en efecto, lo que hizo fue aceptar la violación constitucional y forzando la interpretación, trató de enderezar un entuerto constitucional.

Segundo: Incurrió en contradicción, al considerar que el régimen transitorio de orden constitucional iniciado el 25 de abril de 1999 “finalizó con la aprobación de la

268 V. Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*, 3ª Edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 270 y ss.

Constitución” de 1999 por el pueblo, y paralelamente admitió la existencia de otro régimen transitorio “paraconstitucional” no aprobado por el pueblo.

Tercero: Contradijo la sentencia n° 6 de la propia Sala Constitucional del 27 de enero de 2000²⁶⁹, que había establecido la sumisión a la Constitución de 1999 de los actos de la Asamblea Nacional Constituyente dictados con posterioridad a la publicación de la Constitución de 1999, pues en esta nueva sentencia, la Sala señaló que los actos de la Asamblea Nacional Constituyente dictados después de esa fecha también tenían rango “constitucional”; no que eran “supraconstitucionales”, sino de igual rango que la Constitución aprobada por referendo, sin estar ello regulado en las Disposiciones Transitorias de la propia Constitución y sin haber sido aprobadas por el pueblo.

Cuarto: Contradijo y desconoció el poder derogatorio expreso de la nueva Constitución en relación con todas las normas preconstitucionales contrarias a sus disposiciones y no sólo las dictadas basadas en la Constitución de 1961. No hay Disposición Transitoria alguna en la Constitución de 1999 que hubiera asegurado la supervivencia de normas dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente, que después de publicada la Constitución, contrariasen sus disposiciones. El Tribunal Supremo de Justicia, así, pretendió de nuevo suplir el “vacío” producido por la arbitrariedad de la Asamblea Nacional Constituyente, y marginó la voluntad popular.

Sin embargo, el aspecto más importante de la sentencia que se comenta del Tribunal Supremo, es que dejó sentado el principio de que supuestamente, la Asamblea Nacional Constituyente podía dictar normas de rango constitucional, no aprobadas mediante referendo por el pueblo. Esto, sin duda, era un criterio violatorio de la *base comicial novena* del referendo del 25 de abril de 1999, que la antigua Corte Suprema de Justicia en Corte Plena, en la citada sentencia de 14 de octubre de 1999 (Caso: *Henrique Capriles Radonski vs. Decreto de Regulación de funciones del Poder Legislativo*) había considerado de rango “supra constitucional”²⁷⁰.

En efecto, la *base comicial novena* del referendo del 25-04-99, que, se insiste, se había considerado de rango supra constitucional por lo que a ella estaba sometida la Asamblea Nacional Constituyente en su actuación, estableció que la nueva Constitución que elaborara la Asamblea sólo entraría en vigencia una vez aprobada mediante referendo. De ello se deducía que la voluntad popular en Venezuela, expresada en el referendo del 25 de abril de 1999, fue que la Asamblea Nacional Constituyente —a diferencia de lo que había ocurrido en Colombia en 1991— no podía poner en vigencia la nueva Constitución ni norma constitucional alguna, sino que éstas tenían que ser aprobadas por el pueblo, mediante referendo.

Sin embargo, ese no fue el criterio del Tribunal Supremo en la sentencia No. 180, que se comenta, en la cual la Sala Constitucional, como se dijo, partió del siguiente supuesto:

La Asamblea Nacional Constituyente, a fin de cumplir el mandato que le otorgó el pueblo, *tenía varias alternativas*, una, elaborar una Constitución con un conjunto de disposiciones transitorias que regularan al máximo la implementación jurídica del régimen transitorio

269 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 95 y ss.

270 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 111 y ss.

entre las instituciones previstas en la Constitución de la República de Venezuela de 1961, y las prevenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

Otra alternativa era, no realizar dicha implementación en las disposiciones transitorias de la Constitución y efectuarla mediante un cuerpo legislativo aparte, complementado por actos destinados a llenar el vacío institucional que se crearía al entrar en vigencia la nueva Constitución. Esta fue la vía escogida por la Asamblea Nacional Constituyente, cuando dictó el Régimen Transitorio del Poder Público, publicado el 29 de diciembre de 1999 en la Gaceta Oficial N° 36.859, destinado al régimen de transición en lo atinente a la reestructuración del poder público. A tal fin, el artículo 2 del “Régimen de Transición del Poder Público”, textualmente reza:

Las previsiones del presente régimen de transición desarrollan y complementan las Disposiciones Transitorias de la Constitución aprobada por el pueblo de Venezuela.

El régimen de transición señalado reguló al Poder Legislativo nacional, mediante la creación de la Comisión Legislativa Nacional, la cual funcionará hasta la fecha en que se reúna efectivamente la Asamblea Nacional prevenida en la Constitución vigente, y a quien señaló en el artículo 6 del Régimen de Transición del Poder Público, sus atribuciones.

Igualmente, dentro del régimen transitorio, el constituyente reguló el Poder Electoral, y el artículo 39 del Régimen de Transición del Poder Público, expresó “*Los primeros comicios para la elección de la Asamblea Nacional, de los Consejos Legislativos de los Estados, de los Consejos Municipales, del Presidente de la República, de los Gobernadores de Estado y de los Alcaldes de los Municipios, serán organizados por el Consejo Nacional Electoral, de acuerdo a la fecha y al Estatuto Electoral que apruebe la Asamblea Nacional Constituyente*” (Subrayado de la Sala).

Entrada en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el 30 de diciembre de 1999, según su propio texto, se hace necesario elegir a la Asamblea Nacional, institución básica entre los poderes públicos para el funcionamiento del sistema político-jurídico que desarrolla la Constitución recién promulgada, y hasta su elección e instalación, nace un segundo régimen transitorio, el cual se rige por las normas sancionadas a ese fin por la Asamblea Nacional Constituyente, en ejercicio de su competencia constituyente, y que responde a las Bases Primera y Octava para lo que se convocó el referendo del 25 de abril de 1999, las cuales se proyectan paralelamente a la Constitución vigente, tal como lo estableció el Régimen de Transición de Poder Público, que obran -por disposición del artículo 2 de dicha normativa- como Disposiciones Transitorias de la Constitución vigente. Esta normativa de rango análogo a la Constitución, está destinada a que las instituciones prevenidas en la Constitución, pero que aún no han entrado en funcionamiento, se realicen, y se agota al cumplir su cometido.

Las normas de transición devienen así en integrantes del sistema constitucional, en cuanto hacen posible la plena vigencia de la naciente Constitución. La transitoriedad es inherente al propio proceso constituyente y le es inmanente²⁷¹.

De este razonamiento se deduce, entonces, el absurdo constitucional de que podía haber un régimen constitucional transitorio no previsto en la Constitución de 1999, ni aprobado por el pueblo, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, lo cual es totalmente incorrecto. El Tribunal Supremo se había olvidado consultar la *base comicial novena* (la sentencia sólo hizo referencia a las *bases primera y octava*) del referendo de abril de 1999, que imponía, con carácter supra constitucional, la exigencia de que la Constitución y toda norma de rango constitucional producto de la

271 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 88 y ss.

Asamblea Nacional Constituyente tenía que ser aprobada por el pueblo, mediante referendo, para poder considerarse aprobada definitivamente. Eso ocurrió con el texto de la Constitución y sus Disposiciones Transitorias aprobadas en el referendo del 15 de diciembre de 1999, pero no ocurrió con el “Régimen Transitorio del Poder Público” dictado por la Asamblea con posterioridad y, al cual, sin embargo, el Tribunal Supremo le reconoció “rango análogo a la Constitución” con vigencia “paralelamente a la Constitución vigente”.

Para reforzar esta absurda consideración, la Sala Constitucional utilizó un argumento propio del derecho privado, de que “quien puede lo más puede lo menos”, el cual es totalmente inaplicable en derecho público, donde la competencia tiene que ser expresa. La Sala, en efecto argumentó como sigue:

Tal disposición, emanada del poder constituyente *que podía lo más*, cual era la transformación del Estado, lo que iba a adelantar mediante la aprobación de una nueva Constitución y del régimen de transición, claro *que podía lo menos*, dentro de su cometido de transformación del Estado, cual era dictar las normas que permitirían la transición entre el sistema constitucional abrogado y el nuevo, que conforme al texto constitucional de 1999, no podía de inmediato constituirse en todas sus instituciones²⁷².

De lo anterior, entonces, la Sala Constitucional dedujo lo siguiente, desconociendo el poder derogatorio de la Constitución de 1999 y su supremacía:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al entrar en vigor, deroga el ordenamiento jurídico basado en la Constitución de la República de Venezuela de 1961, pero no el nacido de la transitoriedad a que se refiere el tipo de normas antes señalado, y que como emanación del poder constituyente deben complementar a la Constitución en la instalación de las instituciones, cuyas fórmulas para esa instalación no se previeron dentro del texto constitucional, o dentro de las disposiciones transitorias a él incorporadas, pero estas normas, producto de la Asamblea Nacional Constituyente, surgen del régimen nacido del referendo del 25 de abril de 1999, que es un régimen de producción originaria de rango análogo a la Constitución misma, pero cuya vigencia termina cuando se logre la implantación efectiva de la organización y funcionamiento de las instituciones previstas por la Constitución²⁷³.

Más adelante, la sentencia insistió en este argumento así:

El régimen de transición del poder público se proyecta hacia el futuro, no sólo hasta la instalación de la Asamblea Nacional, sino aún más allá ; ya que el artículo 3 de dicho régimen, señala: “*Cada disposición del régimen de transición del Poder Público tendrá vigencia hasta la implantación efectiva de la organización y funcionamiento de las instituciones previstas por la Constitución aprobada, de conformidad con la legislación que a los efectos apruebe la Asamblea Nacional*”, por lo que mientras tales legislaciones no se aprueben, las normas y actos emanados de la Asamblea Nacional Constituyente tienen plena vigencia, hasta que de conformidad con la Constitución se establezca el régimen legal que vaya derogando la provisionalidad, y vaya dejando sin efectos las normas y actos emanados de la Asamblea Nacional Constituyente. Ese régimen legal es el ordinario que corresponde a la Asamblea Nacional, y el que le ordena adelantar las Disposiciones Transitorias que como parte integrante del texto constitucional, se publicaron con él.

Resulta de un formalismo conducente a la irrealidad, pretender que el sistema de una Constitución que recién se implante, pueda organizarse dentro sí misma, sobre todo, cuando

272 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 89.

273 *Idem*, pp. 89-90.

las disposiciones transitorias dejen vacíos sobre la etapa de transición de un sistema constitucional, como lo es el caso de la vigente Constitución.

Ante tal situación, adquiere rango especial la normativa que el constituyente como representante del pueblo soberano, crea para que el sistema pueda funcionar. Se trata de normas complementarias de la Constitución de igual rango que ella, las cuales, de existir, permiten minimizar los vacíos y lagunas de que adolezca el texto constitucional. Tal vez la existencia de estas normas y su reconocimiento disguste a constitucionalistas formalistas y dogmáticos, o a personas que juegan a intereses distintos que los jurídicos, pero ello atiende a la necesidad de resolver situaciones reales, y así permiten integrar la constitucionalidad²⁷⁴.

De lo anterior resulta, por tanto, la siguiente situación irregular:

1. La Asamblea Nacional Constituyente aprobó el 17 de noviembre de 1999 una Constitución con un régimen transitorio previsto en sus Disposiciones Transitorias, que implicaban la permanencia de los titulares de los órganos de los Poderes Públicos, hasta que fueran electos los nuevos titulares. En la expresión de la voluntad popular (referendo del 15 de diciembre de 1999) y de la voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente que sancionó y proclamó la Constitución, por tanto, no quedó vacío legal alguno respecto de la transición constitucional.

2. Dicha Constitución de 1999, con dicho régimen transitorio, fue sometida a referendo aprobatorio, y así fue aprobada por el pueblo el 15 de diciembre de 1999, siendo proclamada formalmente por la Asamblea Nacional Constituyente el 20 de diciembre de 1999.

3. Con posterioridad, dos días después, la Asamblea Nacional Constituyente cambió de opinión y resolvió alterar el régimen transitorio que estaba previsto en la Constitución de 1999 aprobada en referendo, y antes de que se publicara para que entrara en vigencia, el 22 de diciembre de 1999 dictó el “Régimen de Transición del Poder Público”, mediante el cual sustituyó a todos los titulares de los órganos del Poder Público y modificó su estructura, y en particular creó al Tribunal Supremo y su Sala Constitucional y a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. Dicho régimen originó, entonces, un supuesto “vacío legal” que pretendió llenar con normas de rango constitucional no aprobadas por el pueblo.

4. El Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia No. 180 del 28 de marzo de 2000 le atribuyó a dicho Régimen de Transición del Poder Público, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente sin aprobación popular, rango y valor constitucional, contrariando así la base comicial novena del referendo del 25 de abril de 1999, que se configuraba como el conjunto normativo supra constitucional que constituía el límite de la actuación de la Asamblea.

5. En el país, entonces, y como consecuencia de la sentencia del Tribunal Supremo, han existido dos regímenes constitucionales paralelos: uno contenido en la Constitución de 1999, aprobada por el pueblo; y otro, dictado con posterioridad a dicha aprobación, por la Asamblea Nacional Constituyente, no aprobado por el pueblo y de vigencia imprecisa hasta que supuestamente se apruebe toda la legislación que prevé la propia Constitución de 1999, lo cual puede durar décadas. Por ello, en mayo de 2004, cinco años después de dictada la Constitución de 1999, cuando se

274 *Idem*, pp. 91-92.

sancionó la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia²⁷⁵, una de sus disposiciones transitorias, a pesar de que la Constitución exige la existencia de una jurisdicción disciplinaria de los jueces, a cargo de tribunales especializados (Art. 267), dispuso que la “Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial” que había “creado” la Asamblea Nacional Constituyente al margen de la Constitución, seguía teniendo “a su cargo funciones disciplinarias, mientras se dicte la legislación y se crea la jurisdicción disciplinaria y los correspondientes tribunales disciplinarios” (Disposición Derogatoria, Transitoria y Final, Párrafo 2º, e).

El Tribunal Supremo de Justicia, lamentablemente, en lugar de cumplir su deber como contralor de la constitucionalidad, quiso resolver el “vacío” creado por la Asamblea después de aprobada la Constitución de 1999 por referendo popular, con lo cual violentó el ordenamiento constitucional y frustró la esperanza de que se apuntalara el Estado de Derecho, precisamente cuando comenzaba a entrar en aplicación la nueva Constitución.

Todo este sistema de doble régimen constitucional paralelo y yuxtapuesto lo confirmó la Sala Constitucional, posteriormente, en el auto dictado el 12 de diciembre de 2000 con motivo de resolver sobre la pretensión de amparo que había acumulado la Defensora del Pueblo a la acción de nulidad por inconstitucionalidad que intentó contra la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el Primer Período Constitucional de 14 de noviembre de 2000²⁷⁶, en el cual señaló:

A partir de la aprobación de las bases comiciales y la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente surge una situación inédita en el constitucionalismo nacional. En una primera fase, hasta la promulgación de la actual Constitución, sin ruptura constitucional de ninguna especie, siguió vigente la Constitución de la República de Venezuela de 1961, coexistiendo con los actos que dictó la Asamblea Nacional Constituyente, en lo que contrarían a dicha Constitución, adquirieron la categoría de actos constitucionales, ya que es el pueblo soberano, por medio de sus representantes, quien deroga puntualmente disposiciones constitucionales, creando así un doble régimen, donde como ya lo ha señalado esta Sala, coexistía la Constitución de 1961 con los actos constituyentes. Una segunda etapa, de este sistema constitucional, surge a partir de la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual crea una serie de instituciones no previstas en las cartas fundamentales anteriores, pero cuyas pautas de funcionamiento no fueron consagradas en el texto constitucional, quedando sujetas a una regulación posterior mediante leyes que dictare la Asamblea Nacional.

Para evitar el vacío institucional mientras se promulguen las leyes, la Asamblea Nacional Constituyente decretó el Régimen de Transición del Poder Público (*Gaceta Oficial* N° 36.920 de 28 de marzo de 2000), de manera que las instituciones delineadas en la Constitución de 1999, aun no desarrolladas por las leyes, pudieran funcionar, evitándose así que las normas constitucionales quedaran sin contenido. Este régimen de transición, que se fue complementando con otras normativas emanadas del poder constituyente, necesariamente tiene naturaleza constitucional, ya que integra la Constitución, vigente mientras las instituciones se normalicen, por lo que no puede considerarse que los poderes actuales sean ilegítimos o inconstitucionales, si se fundan en el Régimen de Transición del Poder Público. Basta leer el *artículo 2 del Régimen de Transición del Poder Público*, para constatar que dicho régimen desarrolla y

275 *Gaceta Oficial* n° 37942 de 20-05-2004.

276 *Gaceta Oficial* n° 37.077 de 14-11-00.

complementa las disposiciones transitorias de la Constitución de 1999. La normalización total de instituciones nuevas como el Poder Ciudadano y el Tribunal Supremo de Justicia, requieren de leyes orgánicas que desarrollen el texto constitucional, y mientras ellas no se dicten, las mismas se rigen por dos cuerpos legales coexistentes e integrativos: Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en lo que se complementan.

Por ello, en fallo de esta Sala, de fecha 30 de junio de 2000 (caso Defensoría del Pueblo), la Sala enfatizó, que cuando las leyes orgánicas respectivas se dictaren, cesaría definitivamente el régimen provisorio que gobierna a las instituciones, actualmente carentes de dichas leyes especiales, pero mientras tanto, conformaban un solo bloque constitucional el Régimen de Transición del Poder Público y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tal como lo ha apuntado esta Sala en fallos de fechas 14 de marzo y 28 de marzo de 2000²⁷⁷.

Es insólito que un tribunal constitucional, encargado de velar por la supremacía constitucional, pudiera llegar a considerar que el Régimen de Transición del Poder Público dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, después de aprobada popularmente la Constitución de 1999 y de haber sido proclamada por la propia Asamblea, pudiera tener el mismo rango que la Constitución. ¿Para qué, entonces, se realizó un referendo aprobatorio de la Constitución, si la Asamblea Nacional Constituyente podía, a su discreción, poner en vigencia normas de rango constitucional, sin aprobación popular?

El papel del Tribunal Supremo de Justicia en relación con el proceso constituyente, sin duda, se recordará, sí, en los anales de nuestra historia constitucional, pero no precisamente por su apego a la constitucionalidad: fue juez en su propia causa al decidir sobre la impugnación de los actos de la Asamblea Nacional Constituyente sobre su propia creación y el nombramiento de los magistrados decidores. Insistimos, el Tribunal Supremo de Justicia había sido “creado” por la Asamblea Nacional Constituyente, en el mismo mencionado Régimen de Transición del Poder Público, en el cual se nombró a sus Magistrados. Estos le debían su existencia a la Asamblea Nacional Constituyente y al Régimen Transitorio paraconstitucional en el cual sus Magistrados habían sido nombrados. No es difícil, por tanto, deducir cuál podría ser la “interpretación constitucional” que daría la Sala Constitucional si dichos magistrados no se inhibían. Declarar la inconstitucionalidad, por violación de las normas supra constitucionales adoptadas en las *bases comiciales* del referendo del 25 de abril de 1999, hubiera significado declararse a sí mismos como de designación inconstitucional. Ello explica el malabarismo constitucional que tuvieron que hacer.

De ello resultó que el “inconstitucional” régimen transitorio de la Constitución inventado por la Asamblea Nacional Constituyente, ha sobrevivido bajo la dúctil conducción de la Sala Constitucional, con criterios contradictorios: Por ejemplo, en la sentencia n° 179 de 28 de marzo de 2000 (Caso: *Gonzalo Pérez Hernández y otro vs. Asamblea Nacional Constituyente*)²⁷⁸, con ponencia del magistrado José M. Delgado Ocando, había dicho que el régimen constitucional transitorio creado por la Asamblea Nacional Constituyente estaría vigente “hasta que los poderes constituidos sean designados o electos”; pero en la sentencia n° 180 de la misma fecha (Ca-

277 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 108 y ss.

278 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 82 y ss.

so: *Allan R. Brewer-Carías y otros vs. Estatuto Electoral*)²⁷⁹, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, se señaló que “El régimen de transición del poder público se proyecta hacia el futuro, no sólo hasta la instalación de la Asamblea Nacional, sino aún más allá”. En particular, en esta última sentencia se abrió la puerta a la arbitrariedad constitucional, al preverse la vigencia ilimitada de la transitoriedad, de manera que, “las normas y actos emanados de la Asamblea Nacional Constituyente tienen plena vigencia, hasta que de conformidad con la Constitución se establezca el régimen legal que vaya derogando la provisionalidad, y vaya dejando sin efectos las normas y actos emanados de la Asamblea Nacional Constituyente”. En esta forma, la efectiva vigencia de la Constitución de 1999 ha quedado y permanece pospuesta, porque ella ha dependido de lo que haga o deje de hacer la Asamblea Nacional.

2. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de nuevo vuelve ha ser juez y parte, al decidir en su propia causa en relación con el nombramiento de los magistrados en 2000

A. La burla a la Constitución por la confiscación de los Comités de Postulaciones para asegurar el derecho constitucional a la participación de la sociedad civil en la designación de los titulares de los órganos del Poder Público no electos popularmente para el primer período constitucional (2000)

Uno de los motivos principales que originó la crisis política y la necesidad de una Asamblea Constituyente y de una reforma constitucional como la de 1999, fue la reacción contra la democracia meramente representativa de partidos, buscando su perfeccionamiento con aspectos de democracia de participación.

Particularmente, la crítica al sistema de designación de los altos funcionarios públicos no electos por el Congreso, como el Fiscal General de la República o el Contralor General de la República, pero fundamentalmente, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia que establecía la Constitución de 1961, y que le daba poder discrecional al Congreso y sus mayorías partidistas para ello, puede decirse que fue generalizada en el país. La queja se refería a la falta de participación de la sociedad civil y al monopolio que ejercían los partidos políticos representados en el Congreso, en dichas designaciones. Por ello, en la Asamblea Nacional Constituyente se impuso en esta materia el principio de la participación sobre el principio de la representatividad, y si bien se le atribuyó a la Asamblea Nacional la competencia para designar a los titulares de los órganos no electos popularmente del Poder Público, la reforma más importante que se introdujo consistió en *quitarle a la Asamblea la potestad discrecional para hacer tales nombramientos*.

En concreto, la Constitución reguló una forma precisa de *participación activa de la sociedad*, consistente en atribuirle a unos Comités de Postulaciones la *potestad exclusiva* de hacer las postulaciones de candidatos ante la Asamblea Nacional, por lo que no se podrían formular postulaciones directamente ante la Asamblea Nacional ni la Asamblea podría designar otras personas distintas a las postuladas por los Comi-

279 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 86 y ss.

tés de Postulaciones. Esos Comités son órganos intermedios, algunos permanentes, que obligatoriamente deben estar integrados por *representantes de los diferentes sectores de la sociedad*. Son diferentes a la Asamblea Nacional y sus Comisiones y, en consecuencia, los representantes populares (diputados) no podrían formar parte de los mismos.

En efecto, en cuanto a la designación de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, el artículo 264 de la Constitución dispone que las postulaciones de candidatos sólo se puede hacer ante un Comité de Postulaciones Judiciales, por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas a la actividad jurídica.

El Comité de Postulaciones Judiciales, conforme al artículo 270 de la Constitución, es un órgano asesor del Poder Judicial para la selección de los candidatos a magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, por lo que se trata de un órgano permanente que, además, debe asesorar a los Colegios Electorales Judiciales para la elección de los jueces de la jurisdicción disciplinaria. Este Comité de Postulaciones Judiciales debe estar integrado “por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la Ley” (art. 270)

Ahora bien, el procedimiento constitucional previsto para la designación de los magistrados del Tribunal Supremo, que debía ser regulado en la Ley²⁸⁰, es el siguiente: El Comité, recibidas las postulaciones y “oída la opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano”. Este órgano, integrado por el Fiscal General de la República, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República (art. 273) debe efectuar “una segunda preselección que será presentada a la Asamblea Nacional, la cual hará la selección definitiva” (art. 264).

Ahora bien, la Asamblea Nacional Constituyente, al dictar el Decreto antes mencionado, sobre el Régimen Transitorio el Poder Público el 22 de diciembre de 1999 había designado los Magistrados del Tribunal Supremo *sin apegarse* a lo que venía de establecer la Constitución aprobada popularmente, e indicó que serían “de carácter provisorio” hasta tanto la Asamblea Nacional realizase las designaciones o ratificaciones definitivas *de conformidad con la Constitución* (art. 20). Por tanto, la Asamblea Nacional electa en agosto de 2000 tenía el mandato Constitucional (tanto en virtud del texto expreso de la Constitución, como en virtud del Régimen Transitorio del 22 de diciembre de 1999 al cual el Tribunal Supremo reconocía rango constitucional) de designar a los magistrados en forma definitiva de conformidad con la Constitución y apegándose a su normativa.

En cuanto a la designación de los órganos del Poder Ciudadano, la postulación de candidatos también debía hacerse ante un Comité de Evaluación de Postulaciones regulado en el artículo 279 de la Constitución, que debía ser convocado por el Consejo Moral Republicano (integrado por el Fiscal General de la República, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República). Este Comité “estará integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad” y debe adelantar “un proceso público de cuyo resultado se obtendrá una terna para cada órgano del Poder

280 A partir de mayo de 2002 ha quedado regulado en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, *Gaceta Oficial* n° 37942 de 20-05-2004. V. Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004.

Ciudadano”. Estas ternas son las que deben ser sometidas a la consideración de la Asamblea Nacional, la cual, mediante el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, escogerá en un lapso no mayor de 30 días continuos al titular del órgano del Poder Ciudadano que esté en consideración. Si concluye ese lapso sin acuerdo en la Asamblea Nacional, el Poder Electoral debe entonces someter la terna a consulta popular. Sólo en caso de no haber sido convocado el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, la Asamblea Nacional podría proceder, dentro del plazo que determine la ley, a la designación del titular del órgano del Poder Ciudadano correspondiente (art. 279).

En el Régimen Transitorio del Poder Público establecido por la Asamblea Nacional Constituyente el 22 de diciembre de 1999, se dispuso que a los fines de la designación por la Asamblea Nacional electa en 2000, del Defensor del Pueblo, del Fiscal General de la República y del Contralor General de la República “de conformidad con la Constitución”, la Asamblea Nacional Constituyente debía designar a los integrantes del primer Comité de Evaluaciones y Postulaciones del Poder Ciudadano, lo que en definitiva nunca hizo.

En cuanto a los miembros del Consejo Nacional Electoral, éste también debe estar integrado conforme a la Constitución por personas no vinculadas a organizaciones con fines políticos; tres de ellos deben ser postulados por la sociedad civil, uno, por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de las Universidades Nacionales y uno por el Poder Ciudadano (art. 296). Las postulaciones de candidatos a integrar el Consejo Nacional Electoral, deben realizarse ante el Comité de Postulaciones Electorales, el cual debe estar integrado “por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la ley” (art. 295)²⁸¹. Esos integrantes del Consejo Nacional Electoral, de acuerdo a las postulaciones que formule el Comité, deben ser designados por la Asamblea Nacional con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes (art. 296).

El resultado de estas regulaciones es que de acuerdo con la Constitución no se pueden formular postulaciones a los mencionados cargos directamente ante la Asamblea Nacional, sino ante los Comités, y la Asamblea Nacional no podría designar para los cargos a personas que no estén en las listas de postulados que elaboren los Comités de Postulaciones. Se trata, en definitiva, en una Constitución que en más de cincuenta artículos habla de participación, del *único mecanismo directamente regulado en la Constitución* que asegura la participación de los “diversos sectores de la sociedad” en la gestión de asuntos públicos. No se trata de un mecanismo de consulta y mucho menos a través de mesa de diálogos, sino de participación activa.

Por supuesto, la forma de integración de los Comités de Postulaciones era esencial para que se aplicara la Constitución, por lo que la Asamblea Nacional estaba *obligada a llenar el vacío legal*, mediante una legislación que regulase los Comités de Postulaciones. Resultaba inadmisibles que la Asamblea Nacional pretendiera legislar, para no legislar, como sucedió con la Ley Especial para la Ratificación o Designa-

281 En la Ley Orgánica del Poder Electoral también se violó esta disposición al regularse el Comité de Postulaciones Electorales. *Gaceta Oficial* n° 37573 de 19-11-2002. V. los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional vs. 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*, Ediciones El Nacional, Caracas, 2004, pp. 26.

ción de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el primer período constitucional de 14 de noviembre de 2000²⁸², que violó tanto los artículos 264, 270 y 279 de la Constitución, como los artículos 20 y 33 del Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente sobre Régimen de Transición del Poder Público cuyo rango constitucional había sido reconocido por el Tribunal Supremo. Estas normas exigían que la Asamblea Nacional, una vez electa, debía realizar las designaciones definitivas de los altos funcionarios “de conformidad con la Constitución”.

La referida Ley Especial para la designación de los altos funcionarios públicos del Poder Judicial y del Poder Ciudadano, violó la Constitución al no organizar los Comités de Postulaciones que ésta exigía y en la forma cómo ésta lo exigía, integrados por representantes de los diversos sectores de la sociedad, y en cambio, sustituirlos por una “Comisión Parlamentaria” ampliada.

En efecto, la Ley Especial dispuso que la Asamblea Nacional para hacer las designaciones de los mencionados funcionarios públicos, entre ellos de los Magistrados del Tribunal Supremo, debía designar una “Comisión integrada por 15 diputados o diputadas, que actuará como Comisión de Evaluación de Postulaciones” (art. 3); la cual, una vez instalados sus miembros, debían seleccionar, “a través de mecanismos de consulta, una lista de 12 representantes de los diversos sectores de la sociedad, que presentará ante la Asamblea Nacional para que ésta proceda a designar, por mayoría absoluta, 6 representantes, quienes integrarán la Comisión y actuarán como miembros de la misma, con derecho a voz y voto” (art. 4).

Se dispuso, además, que “para hacer efectivos los principios de publicidad y participación de la ciudadanía”, la Comisión debía implementar “dichos mecanismos a través de consultas y participación de las comunidades”, para lo cual debía instrumentar “mesas de diálogo donde estén representados los diversos sectores de la sociedad y con las cuales se consultarán y evaluarán las postulaciones recibidas” (art. 5). Esos representantes debían ser designados por la Comisión de listas que presentarían “las diversas organizaciones de la ciudadanía interesadas en participar en el proceso” (art. 6).

Las postulaciones recibidas para la designación de los integrantes de los Poderes Públicos Nacionales regulados en la ley debían ser objeto de consulta pública a los efectos de que se presentasen ante el Comité los respaldos u objeciones fundadas (art. 7).

Como resultado del proceso, la Comisión debía elaborar una lista de postulados para ser sometida a la consideración de la Asamblea Nacional, para la designación definitiva (art.9).

Basta leer dicha Ley Especial para evidenciar su inconstitucionalidad. Fue una burla a la Constitución y constituyó la confiscación del derecho a la participación política garantizado en forma expresa en el Texto Constitucional. Tanto que se ha hablado de participación y de democracia participativa, como supuestamente sustitutiva de democracia representativa, y cuando correspondía hacerla realidad, por primera vez, cumpliendo la Constitución, como implicaba un límite al poder hegemónico, se ignoró.

282 *Gaceta Oficial* nº 37.077 de 14-11-2000.

Como consecuencia de ello, mediante sendos Acuerdos²⁸³ la Asamblea Nacional designó al Fiscal General de la República, al Defensor del Pueblo, al Contralor General de la República y a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, sin ajustarse a lo que disponían los artículos 264, 270 y 279 de la Constitución.

La Asamblea Nacional, así, se había burlado de la Constitución, lo que incluso había llevado a la Defensora del Pueblo, antes de ser sustituida, a intentar una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la Ley Especial ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo.

La Asamblea Nacional, para proceder a designar a los mencionados altos funcionarios del Estado, por supuesto que tenía que dictar las respectivas leyes orgánicas que exigía la Constitución y llenar el vacío legal existente. Sin embargo, fue la propia Asamblea la que renunció a legislar lo que debía y, en su lugar, por su omisión o carencia legislativa, “prorrogó” el régimen transitorio dictando, en lugar de las leyes orgánicas respectivas, la Ley Especial mencionada que violaba la Constitución.

Lo grave de esta situación fue que el Tribunal Supremo de Justicia legitimó esta omisión del legislador y justificó la violación de la Constitución, actuando de nuevo como juez en su propia causa.

En efecto, en la sentencia de la Sala Constitucional N° 1562 de 12 de diciembre de 2000, dictado días antes de la designación por la Asamblea Nacional de los referidos altos funcionarios del Estado, con ocasión de resolver la pretensión de amparo acumulada al recurso de nulidad por inconstitucionalidad de la Ley Especial que había intentado la Defensora del Pueblo²⁸⁴ (y que nunca fue decidido), la Sala Constitucional señaló que una segunda etapa del sistema constitucional derivado del proceso constituyente:

Surge a partir de la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual crea una serie de instituciones no previstas en las Cartas Fundamentales anteriores, pero cuyas pautas de funcionamiento no fueron consagradas en el texto constitucional, quedando sujetas a una regulación posterior mediante leyes que dictare la Asamblea Nacional.

De ello resulta, por tanto, que era indispensable que la Asamblea Nacional dictase tales Leyes Orgánicas para que las nuevas instituciones pudieran entrar definitivamente en funcionamiento. Por ello, la afirmación que de seguidas hizo la misma Sala Constitucional:

La normalización total de las instituciones nuevas como el Poder Ciudadano y el Tribunal Supremo de Justicia requieren de Leyes Orgánicas que desarrollen el texto constitucional, y mientras ellas no se dicten, las mismas se rigen por dos cuerpos legales coexistentes e integrativos: Decreto sobre el Régimen de Transición de Poder Público y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en lo que se complementan.

Por ello, en fallo de esta Sala, de fecha 30 de junio de 2000 (caso *Defensoría del Pueblo*), la Sala enfatizó que cuando las Leyes Orgánicas respectivas se dictaren, cesaría definitivamente el régimen provisorio que gobierna a las instituciones, actualmente carentes de dichas Leyes especiales, pero mientras tanto, conformaban un solo bloque constitucional el Régimen

283 Publicados en *Gaceta Oficial* n° 37.105 de 22-12-00.

284 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 108 y ss. V. la referencia en *El Universal*, Caracas 13-12-00, p. 1-2.

Transitorio del Poder Público y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tal como lo ha apuntado esta Sala en fallos de fecha 14 de marzo y 28 de marzo de 2000.

De manera que el Régimen Transitorio estaría vigente hasta que la Asamblea Nacional dictase las referidas leyes orgánicas, por lo que conforme a la doctrina de la Sala, mientras esas leyes orgánicas no se dictasen, el régimen transitorio y provisorio continuaría indefinidamente. Pero en lugar de exhortar a la Asamblea Nacional a dictar dichas leyes, la Sala lo que hizo fue “legitimar” el inconstitucional contenido de la Ley Especial mencionada que no contenía las regulaciones que debían contener las leyes orgánicas indicadas, aceptando así, la burla a la Constitución²⁸⁵. No debe dejarse de mencionar que en la “Exposición de Motivos” que acompañó el Proyecto de Ley Especial, se afirmó como motivación la “falta de disposiciones expresas que regulen la designación de los integrantes del Poder Ciudadano y de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia” (que sólo la Asamblea Nacional podía dictar), constatando que “aun no existen los órganos que han de intervenir en tal designación” (que sólo la Asamblea Nacional podía regular), por lo cual se señalaba que “la Asamblea Nacional debe cubrir el vacío legal”.

No se percató la Asamblea Nacional que el vacío legal debía cubrirlo ella misma, no mediante la Ley Especial que violaba la Constitución, sino mediante la sanción, precisamente, de las leyes orgánicas que exigía la Constitución con las cuales se pondría final al régimen provisorio y transitorio. Al renunciar a su obligación, la Asamblea Nacional “prorrogó” dicho régimen, el cual quedó vigente a su antojo, y el Tribunal Supremo así lo avaló, renunciando a su obligación de “asegurar la integridad de la Constitución” (art. 334) y garantizar su “supremacía y efectividad” (art. 335).

B. La burla a la Constitución en cuanto a la inaplicabilidad de las condiciones constitucionales de elegibilidad de los Magistrados del Tribunal Supremo para los nombrados en el primer período constitucional

La burla sistemática de la Constitución de 1999 puede decirse que llegó a su clímax cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia decidió que las condiciones para ser magistrado del Tribunal Supremo que regula con precisión el artículo 263 de la Constitución, no resultaban aplicables a los propios Magistrados decisores que ocupaban posiciones en el Tribunal Supremo y aspiraban a ser ratificados por la Asamblea Nacional. De ello resultaba que la Constitución, como norma suprema, era obligatoria para todas las personas e instituciones del país (art. 7), menos para los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia a quienes precisamente correspondía garantizar la supremacía y efectividad de sus normas (art. 335) y asegurar su integridad (art. 334).

En efecto, con motivo de la antes mencionada acción de nulidad por inconstitucionalidad que la Defensora del Pueblo había ejercido contra la “Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios o Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el Primer

285 El Director General de la Defensoría del Pueblo, Juan Navarrete, calificó la decisión del Tribunal Supremo de Justicia como un abuso de poder. *V. El Universal*, Caracas 14-12-00, p. 1-2.

Período Constitucional”, al momento de pronunciarse sobre la admisibilidad de la pretensión de amparo formulada conjuntamente con la acción de inconstitucionalidad por la Defensora del Pueblo, la Sala Constitucional, en la antes mencionada sentencia nº 1562 de 12 de diciembre de 2000²⁸⁶, luego de reiterar la vigencia de dos regímenes constitucionales: el establecido en la Constitución de 1999 y el establecido en el Régimen de Transición del Poder Público contenido en el Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de 22 de diciembre de 1999, resolvió solicitar a la Defensora del Pueblo que “aclarase” su solicitud de amparo. Sin embargo, hizo una serie de consideraciones mediante las cuales “decidió” que la Constitución de 1999 no se aplicaba a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia que estaban firmando la sentencia.

En efecto, en esa decisión, la Sala comenzó constatando lo siguiente sobre la designación definitiva de los Magistrados del Tribunal Supremo:

El Régimen de Transición del Poder Público, emanado de la Asamblea Nacional Constituyente y publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 28 de marzo de 2000 (Nº 36.920), previó en su artículo 21 que la Asamblea Nacional realizaría las designaciones o ratificaciones definitivas de conformidad con la Constitución, de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y de sus suplentes, ya que los Magistrados nombrados en los artículos 19 y 20 del Régimen de Transición del Poder Público, ejercerían sus cargos en forma provisoria.

Es decir, la Sala admitió que el Régimen de Transición del Poder Público exigía que se cumpliera la Constitución en el proceso de “designación o ratificación definitiva” de los Magistrados del Tribunal Supremo. Sin embargo, para desligarse de la Constitución en cuanto al cumplimiento de las condiciones de elegibilidad previstas en el artículo 263 respecto de los Magistrados en funciones que habían sido designados provisionalmente el 22 de diciembre de 1999, que estaban decidiendo y que aspiraban ser “ratificados”, la Sala “inventó” el argumento de que la figura jurídica de la “ratificación” no estaba prevista en la Constitución, por lo que el artículo 263 de la misma supuestamente sólo se aplicaba cuando los Magistrados fueran a “designarse *ex novo*”, pero no cuando fueran ratificados. El siguiente fue el razonamiento de la Sala:

La figura de la ratificación no está prevista en la Constitución vigente, sino en el Régimen de Transición del Poder Público, y ella fue tomada en cuenta sólo con relación a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, mas no con respecto a los miembros del Poder Ciudadano, ya que los artículos 35, 36, 37 y 38 del Régimen de Transición del Poder Público no contemplaron la ratificación de quienes ejercían provisionalmente los cargos del Poder Ciudadano.

Resultado de la aplicación necesaria del Régimen de Transición del Poder Público, el cual -como lo apunta esta Sala- es de rango constitucional, es que solo con respecto a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia ha de utilizarse la figura de la ratificación, la cual carece de previsión en la Constitución, por lo que la frase del artículo 21 del Régimen de Transición del Poder Público, según la cual las ratificaciones definitivas *se harán de conformidad con la Constitución*, carece de aplicación, ya que como antes apuntó la Sala, la vigente Cons-

286 V. en *Revista de Derecho Público*, nº 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 108 y ss.

titución no previó normas sobre ratificación de Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia²⁸⁷.

En esta forma, de un plumazo, la Sala Constitucional que era y es la primera institución obligada a garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales (art. 336), resolvió que la Constitución no era aplicable precisamente a los Magistrados del Tribunal Supremo y de la Sala que eran los mismos que estaban decidiendo. Se estaba haciendo justicia, por las propias manos de los que se beneficiaban de la decisión²⁸⁸.

El resultado de declarar la inaplicabilidad de la Constitución para la “ratificación” de los magistrados, llevó a los Magistrados de la Sala, entonces a “legislar” y auto-definirse un “régimen especial” relativo a las condiciones de elegibilidad de ellos mismos, aplicables a ellos mismos, además, alegando el principio de no discriminación. ¿Qué mayor discriminación, en realidad, que la contraria, es decir, definir para ellos mismos y sólo para ellos un régimen especial de condiciones para ser designados? La Sala, en efecto, dijo lo siguiente:

En consecuencia, el régimen de ratificación debe ser especial, orientado hacia cual ha sido el rendimiento de los Magistrados a ratificarse y la calidad de sus ponencias, ya que son éstos los parámetros que permiten conocer la calidad de quienes como Magistrados ya han impartido justicia desde la más alta Magistratura, y por tanto se han hecho o no dignos de ratificación.

Exigírsele a dichos Magistrados, además, otros requisitos que ni la Constitución (que no previó la figura), ni ninguna otra ley contempla, es crear una discriminación en contra de los ratificables, en relación con quienes no han sido Magistrados, que aspiran integrar las Salas del Tribunal Supremo de Justicia²⁸⁹.

Y luego, la Sala pasó a examinar cada una de las condiciones de elegibilidad exigidas en el artículo 263 para ser magistrado del Tribunal Supremo, así:

Conforme al *artículo 263 de la vigente Constitución*, aplicable a los aspirantes a la más alta Magistratura, para pertenecer a ella se requiere:

1. Tener la nacionalidad venezolana por nacimiento.
2. Ser ciudadano o ciudadana de reconocida honorabilidad
3. En forma alternativa y no acumulativa:
 - 3.1) Ser jurista de reconocida competencia, gozar de buena reputación, haber ejercido la abogacía durante un mínimo de quince años y tener título de postgrado en materia jurídica.

Se trata de un conjunto de requisitos que deben concurrir, pero que para no violar *derechos adquiridos*, también de naturaleza constitucional, hay que analizar si para la fecha de graduación del abogado, existía o no organizado en el país un sistema de postgrado a que pudiera acceder²⁹⁰.

287 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 109.

288 Por eso la Defensora del Pueblo anunciaba que solicitaría la inhibición de los Magistrados de la Sala Constitucional. V. *El Universal*, Caracas 16-12-00, p. 1-4.

289 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 108.

290 *Idem*, p. 108.

Es de observar, sobre este tema, que aquí la Sala también cambió la Constitución, pues los postgrados universitarios no sólo se realizan inmediatamente seguidos a la fecha de graduación del interesado al terminar el pregrado. Es decir, la exigencia constitucional del postgrado es independiente de la fecha de graduación de la persona.

La Sala continuó analizando las condiciones, distorsionando la categoría legal de lo que es “profesor titular” conforme a la Ley de Universidades, así:

3.2) Haber sido profesor o profesora universitario en ciencias jurídicas durante un mínimo de quince años, y tener la categoría de profesor titular.

La categoría de profesor titular no podría entenderse en el sentido de un grado dentro de la jerarquía de una carrera, ya que la norma para nada se refiere a la carrera universitaria, y a la necesidad de ser profesor a tiempo completo dentro de ella, que es la que permite acceder a los grados superiores; y además, quien ingresa a una universidad como instructor difícilmente puede llegar a la más alta jerarquía en un lapso de quince años. De allí que la categoría de titular tiene que ser entendida como la condición de una persona respecto de las demás.

El autor Manuel Ossorio, en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, al referirse a esta acepción menciona que “en este último sentido habría categorías de abogados, médico, pintores, militares, albañiles. Es lo que Cabanellas ha llamado la “categoría profesional” o “estatuto personal”, con lo cual no estaríamos en presencia de jerarquías dentro de una profesión sino de la condición o estatuto de una profesión, “respecto de las demás”, en este caso hablaríamos de la categoría de profesor universitario por oposición a la categoría de médico o militar.

Por otra parte, la condición de titular tampoco denota exclusivamente un grado jerárquico. En efecto, el Diccionario de la Real Academia dice que titular es el que “ejerce cargo, oficio o profesión con cometido especial y propio”, y agrega, a título de ejemplo, “juez, médico, profesor universitario TITULAR”.

A este respecto Ossorio aclara que el titular es “aquel que ejerce un cargo u oficio por derecho propio o nombramiento definitivo; a diferencia de *substitutos, reemplazantes o interinos*. (Diccionario de Derecho Usual de CABANELLAS)” (Subrayado de la Sala).

En virtud de lo expuesto, considera la Sala que este requisito para los profesores universitarios se interpreta como la exigencia de que el docente universitario tenga una antigüedad mínima de quince años como profesor y se trate de un profesor titular, es decir, ordinario activo o jubilado²⁹¹.

Debe observarse, que en la Ley de Universidades vigente para el momento de la sanción de la Constitución, y esa fue la intención del constituyente, se define la categoría de “profesores titulares” como miembros ordinarios del personal docente (art. 87), a la cual se accede después de ascender sucesivamente desde profesor instructor, profesor asistente, profesor agregado y profesor asociado, de manera que para ser profesor titular “se requiere haber sido profesor asociado, por lo menos durante cinco años” (art. 97). Es contrario a la Ley identificar, entonces, “profesor titular” con “profesor ordinario” como lo hizo la Sala. ¿Cómo pudo la Sala, simplemente, ignorar la Ley? Para resolver la duda no se necesitaba citar a Ossorio ni a Cabanellas; bastaba con que se consultara la Ley de Universidades.

291 *Idem*, pp. 109-110.

Por tanto, “profesor titular” es lo que está definido en la Ley y es falso que para poder ascender en el escalafón universitario se necesite ser profesor a tiempo completo. Además, también es falso que “sea muy difícil” ascender desde instructor a titular en un lapso de 15 años. La decisión de la Sala, en realidad, lo que constituyó fue la entronización de la mediocridad y el abandono de la excelencia universitaria que es lo que la Constitución exigía expresamente para los magistrados.

Pero el análisis de la Sala continuó con el otro requisito de elegibilidad, así:

3.3) Ser o haber sido juez o jueza superior en la especialidad correspondiente a la Sala para la cual se postula, con un mínimo de quince años en el ejercicio de la carrera judicial, y reconocido prestigio en el desempeño de sus funciones.

Al respecto, la Sala acotó:

Es necesario que el aspirante tenga como mínimo quince años en el ejercicio de la carrera judicial. Dentro de este lapso deben computarse no sólo los años como juez de instancia sino, eventualmente, como Magistrado de la antigua Corte Suprema de Justicia o del actual Tribunal. En efecto, según el artículo 2° del “*Régimen de Transición del Poder Público*”, los actuales Magistrados pueden ser ratificados de forma definitiva por la Asamblea Nacional.

El requisito de haberse desempeñado como Juez Superior, es una exigencia mínima. Obviamente, si se han desempeñado como Magistrados de la antigua Corte o del Tribunal Supremo de Justicia, con mayor razón (por argumento a *fortiori*), el aspirante a ser designado o ratificado cumpliría con este requisito constitucional.

La “especialidad correspondiente a la Sala”, a la que alude este numeral, debe ser interpretada de una manera amplia, al menos en lo que concierne a la Sala Constitucional y a la Sala Social.

La primera, porque las atribuciones y competencias de esta Sala, en materia de protección a la Constitución abarca varios ámbitos, que exceden la especialidad académica del Derecho Constitucional; y la segunda, porque las materias de que debe conocer la Sala Social exceden también del campo laboral *strictu sensu*, que es su competencia por excelencia, por lo cual, lo ideal es que sea integrada por especialistas en las distintas materias que la Constitución y la Ley le puedan asignar (Familia, menores, etc.).

De nuevo, en este razonamiento la Sala interpretó la exigencia constitucional de haber sido “juez superior” como quiso, a la medida de los Magistrados decisores.

Poco se puede agregar en cuanto a comentarios a esta conducta del Tribunal Supremo de Justicia, integrado por Magistrados designados por el nuevo poder político, a dedo el 22 de diciembre de 1999, que con la mayor desfachatez, en un auto judicial que lo que decidía era exigirle a la accionante, la Defensora del Pueblo, que aclarase el texto de su demanda, *aprovecharon para “decidir”* que la Constitución no le era aplicable a los magistrados integrantes del Tribunal que aspiraban a ser designados, con el argumento de que de lo que se trataba era que iban a ser “ratificados” y ¡ello no estaba regulado en la Constitución!. En todo caso, la decisión de fondo de la acción intentada nunca se adoptó posteriormente.

III. LA INTERVENCIÓN “JUDICIAL” DEL PODER JUDICIAL Y LA LESIÓN A LA AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA

1. La paralización de la jurisdicción contencioso-administrativa por el Tribunal Supremo de Justicia

La Constitución de 1999, siguiendo la orientación del artículo 206 de la Constitución de 1961, en su artículo 259 reguló la jurisdicción contencioso administrativa, disponiendo que corresponde al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa, y a los demás tribunales que determine la ley.

La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 había creado a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y a los Tribunales Superiores con competencia contencioso-administrativo, que habían venido funcionando con toda eficiencia durante los últimos 25 años, generando una jurisprudencia importantísima en materia de derecho administrativo.

Ahora bien, el 17 de julio de 2003, la Federación Médica Venezolana acudió por ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, a fin de ejercer un recurso contencioso administrativo de nulidad, conjuntamente con acción de amparo constitucional, contra el acto administrativo emanado del Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas, mediante el cual estipuló su cooperación con el Municipio Libertador del Distrito Capital, estableciendo los procedimientos de selección y control de los médicos -venezolanos o extranjeros- que serían contratados por el Municipio en el marco del plan de atención primaria a la salud denominado “Barrio Adentro”²⁹².

El 21 de agosto de 2003, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo acordó la medida cautelar de amparo constitucional solicitada, por considerar que existían en autos elementos de juicio suficientes para presumir que el acto impugnado violaba *el derecho a la igualdad ante la ley*, ordenando la suspensión de los efectos de diversas cláusulas del Acta Convenio, e instruyendo al Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas que sustituyera a los médicos extranjeros (cubanos), por aquellos médicos venezolanos o extranjeros que cumplieran con los requisitos establecidos en la Ley del Ejercicio de la Medicina y, que manifiesten su interés en ser contratados para el Programa “Plan Barrio Adentro”.

Dicha sentencia, sin embargo, no pudo ser ejecutada. El Ministerio de Salud y Desarrollo Social y la Alcaldía del Municipio Libertador la rechazaron e ignoraron; y el propio Presidente de la República señaló que no se ejecutaría²⁹³. Las entidades estatales referidas, además, el 5 de septiembre de 2003, acudieron por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ejerciendo una “acción de protección constitucional” de los derechos colectivos e intereses difusos de la sociedad del

292 V. Claudia Nikken, “El caso “Barrio Adentro”: La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o el avocamiento como medio de amparo de derechos e intereses colectivos y difusos,” en *Revista de Derecho Público*, n° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 5 y ss.

293 “Váyanse con su decisión no sé para donde, la cumplirán ustedes en su casa si quieren...” Exposición en el programa radial *Aló Presidente*, n° 161, 24-08-2004.

Municipio Libertador del Distrito Capital, contra las supuestas actuaciones materiales de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo derivadas de la sentencia del 21 de agosto de 2003; solicitando además, que la Sala Constitucional se avocara al conocimiento de la causa.

La Sala Constitucional dictó sentencia el día 25 de septiembre de 2003, señalando que en virtud de que los solicitantes habían alegado que la pretensión incoada no correspondía “a la naturaleza de un recurso contencioso-administrativo sino a la de una acción de protección de derechos e intereses colectivos o difusos”, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo no sería entonces competente para conocer de dicha pretensión, por corresponderle a la Sala Constitucional, la cual decidió:

En virtud de lo anterior y visto que la denuncia planteada implica la contravención del carácter absoluto, indisponible e improrrogable de la competencia por la materia, que de ser cierta, conllevaría a la nulidad de dicho proceso por haberse desarrollado ante un juez incompetente, esta Sala, a fin de asegurar los postulados contenidos en los artículos 26 y 257 de la Constitución, juzga necesario para determinar si es competente para conocer y decidir acerca del avocamiento requerido, solicitar a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo la remisión, en el estado en que se encuentre, del expediente n° 03-2852 de la nomenclatura de dicho órgano jurisdiccional, contentivo de los originales de las actas procesales relativas al recurso de nulidad ejercido conjuntamente con amparo cautelar y, subsidiariamente, con solicitud de suspensión de efectos, incoada por la Federación Médica Venezolana contra el Acta-Convenio suscrita el 22 de mayo de 2003, entre el Alcalde de Municipio Libertador del Distrito Capital y el Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas, así como de los cuadernos o las piezas donde cursen las medidas preventivas en ellas decretadas”.

En esa forma, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo había sido intervenida en el ejercicio de sus competencias, las cuales le fueron arbitrariamente arrebatadas por la Sala Constitucional, la cual sin embargo, no adoptó decisión adicional alguna en el asunto. Con ello, había quedado asegurada la inejecución de la sentencia de la Corte Primera en el “Caso Barrio Adentro”.

Luego vinieron las represalias políticas gubernamentales: a fines de septiembre de 2003, la Dirección de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP) del Ministerio del Interior y de Justicia, allanó la sede de la Corte Primera después de haber arrestado a un chofer de la misma con un expediente judicial; y de que el Presidente de la República hubiera calificado de “bandido” al Presidente de dicha Corte²⁹⁴. Semanas después, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial decidiría la destitución de los Magistrados de la Corte Primera, por supuestamente haber cometido un “error inexcusable” al dictar una sentencia en 2002²⁹⁵. La decisión fue protestada por los gremios de abogados del país²⁹⁶ e incluso por la Comisión Internacional de Juristas²⁹⁷; pero la verdad es que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo quedó clausurada, a pesar del anuncio de que la Comi-

294 Exposición pública el 20-09-2004.

295 V. la información en *El Nacional*, Caracas 05-11-2004, p. A2. En esa misma página, el Presidente destituido de la Corte Primera señaló que: “La justicia venezolana vive un momento tenebroso, pues el tribunal que constituye un último resquicio de esperanza ha sido clausurado”.

296 V. el comunicado de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, en *El Nacional*, Caracas, 12-10-2003, A-5.

297 V. en *El Nacional*, Caracas, 18-11-2004, p. A-6.

sión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia supuestamente habría creado otra Corte Segunda de lo Contencioso-Administrativo²⁹⁸.

En todo caso, después de diez meses de clausura, en julio de 2004 el Tribunal Supremo designó a los nuevos magistrados de la Corte Primera y Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo²⁹⁹. Durante esos diez meses, simplemente no había habido justicia contencioso administrativa en Venezuela; situación que se había agravado con ocasión de la publicación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en mayo de 2004, que había derogado todas las normas transitorias de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, que regulaban precisamente las competencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo. Estos, sin duda, siguieron existiendo y funcionando pero sin base legal sólida, por la omisión del legislador³⁰⁰.

2. El secuestro de la jurisdicción contencioso-electoral por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

La Sala Constitucional, cuyos magistrados habían sido designados por la Asamblea Nacional en 2000 conforme a la antes mencionada “Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios o Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el Primer Período Constitucional”, en los años subsiguientes asumió el rol de agente del poder político, interviniendo en todo proceso judicial que pudiera afectarlo, como ocurrió en el caso Barrio Adentro, antes comentado, tramitado ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Otro caso que merece la atención, fue el proceso de intervención y secuestro que la Sala Constitucional llevó a cabo respecto de otra jurisdicción, en este caso, de la Jurisdicción Contencioso Electoral ejercida por la Sala Electoral del Tribunal Supremo, con motivo del ejercicio del derecho político ciudadano de revocarle el mandato al Presidente de la República en 2003-2004.

En efecto, la Constitución de 1999 estableció expresamente la división del Tribunal Supremo de Justicia en Salas, de manera que el mismo funciona en Sala Plena y en Salas Constitucional, Político-Administrativa, Electoral, de Casación Civil, Casación Penal y de Casación Social (art. 262). Ninguna Sala tiene preeminencia sobre las otras, como lo decidió en forma expresa la propia Sala Constitucional en sentencia N° 158 de 28 de marzo de 2000 (Caso: *Impugnación del artículo 1 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*)³⁰¹, ya que “todas las Salas conservan el mismo grado de jerarquía dentro de dicho órgano, atendiendo a las materias que le competen a cada una de ellas”, no existiendo en la Constitución ni en la Ley Orgánica Corte Suprema de Justicia “facultad alguna de dicha Sala (Constitucional) para

298 V. en *El Nacional*, Caracas, 24-10-2003, p. A-2.

299 V. en *El Nacional*, Caracas, 16-07-2004, p. A-6.

300 V. Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso-administrativos*, V. en *Revista de Derecho Público*, n° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 109, Caracas, 2004, pp. 153 y ss.

301 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 109 y ss.

controlar las decisiones del resto de las Salas que integran el Tribunal Supremo de Justicia³⁰², salvo por lo que respecta al recurso extraordinario de revisión de sentencias de amparo (Art. 366,10).

Ahora bien, una de las innovaciones más destacadas de la Constitución de 1999 en materia judicial, fue la creación de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia (art. 262), como Jurisdicción Electoral, con competencia exclusiva en materia contencioso electoral (art. 297); como una rama aparte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa³⁰³, especializada en conocer de la nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad de los actos administrativos emanados de los órganos del Poder Electoral. Ello implica que las decisiones del Consejo Nacional Electoral sólo pueden ser revisadas por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y por más ninguna otra de sus Salas³⁰⁴.

Sin embargo, con motivo del ejercicio del derecho político colectivo de revocatoria del mandato del Presidente de la República en 2003-2004, la Sala Constitucional pretendió secuestrar a la Sala Electoral, y en forma inconstitucional asumió sus competencias³⁰⁵.

A. Los intentos de secuestro de la Sala Electoral del Tribunal Supremo por la Sala Constitucional del mismo Tribunal

En efecto, con ocasión de la Resolución del Consejo Nacional Electoral N° 040302-131 del 2 de marzo de 2004, así como del “Instructivo sobre el tratamiento por el Comité Técnico Superior de las firmas de caligrafía similar o renglones de planillas llenadas por la misma persona” de fecha 24 de febrero de 2004, mediante los cuales se colocó “bajo observación”, 876.017 firmas o solicitudes de revocatoria de mandato presidencial, de las 3.467.050 presentadas, sometiéndolas al denominado “procedimiento de reparo” por considerar que los datos de identificación habían sido escritos con “caligrafía similar”, evitando la posibilidad de su convocatoria; varios diputados a la Asamblea Nacional actuando además como representantes de varios partidos de oposición, con fecha 8 de marzo de 2004 intentaron un recurso de nulidad por legalidad e inconstitucionalidad con pretensión de amparo cautelar contra la resolución impugnada.

La Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, contrariamente a lo que había sucedido en años anteriores, para marzo de 2004 puede decirse que no estaba controlada por el poder político gubernamental, como lo había estado en el pasado. Por ello, la acción del gobierno se dirigió, a través de sus dirigentes político partidistas, a recusar a los dos de los tres Magistrados de la Sala Electoral que consideraban podí-

302 *Idem*, p. 109. V. igualmente la sentencia de la misma Sala Constitucional n° 100 de 15-03-2000, en *Revista de Derecho Público*, n° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 108 y ss.

303 Hasta su creación por la Constitución, el control inconstitucionalidad de ilegalidad de los actos administrativos del Consejo Nacional Electoral correspondió a la Sala Política Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia.

304 V. sentencia de la Sala Constitucional n° 94 de 2 de diciembre de 2003 (Caso: *Robert Osuna y otros*).

305 V. lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional vs. 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)*, Ediciones El Nacional, Caracas, 2004, pp.109 y ss.

an votar en contra de la posición oficialista³⁰⁶ y a su vez, la acción de la oposición, se dirigió a recusar el tercer Magistrado. Además, y en forma totalmente incomprensible en el ámbito de la jurisdicción contencioso electoral, el propio Consultor Jurídico del Consejo Nacional Electoral, cuyos actos eran precisamente los impugnados ante la Sala, también recusaría a los mismos Magistrados³⁰⁷.

Por su parte, los representantes de los partidos de gobierno, también acudieron por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo solicitándole, que aún no teniendo competencia específica en la materia, se avocara al conocimiento de los recursos que habían sido intentados por ante la Sala Electoral, e impedir así, que ésta pudiera decidir dichos recursos³⁰⁸. Por su parte, un diputado de la oposición a su vez había recusado a dos Magistrados de esta Sala Constitucional en la solicitud de avocamiento de los juicios sobre el referendo revocatorio³⁰⁹.

La Sala Constitucional, en fecha 11 de marzo de 2004, declararía inadmisibles la recusación intentada contra sus Magistrados, por haberse formulado antes de que la solicitud de avocamiento fuera admitida³¹⁰; y, además, en una decisión que según anunciaba la prensa, se habría adoptado por tres de los cinco Magistrados de la Sala y sin el quórum necesario para constituirse (de cuatro magistrados) requerido en el artículo 54 de la entonces vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, habría ordenado a la Sala Electoral que *se inhibiera de tomar decisiones en los casos relacionados con el referendo revocatorio*, hasta tanto la Sala Constitucional se pronunciara sobre si se avocaba o no a conocer de dichos asuntos³¹¹.

En un “comunicado” público inusitado, el Presidente de la Sala Constitucional, días después, el 15 de marzo de 2004, “explicaría” sus argumentos sobre la “legalidad” de la forma como se habría tomado la decisión³¹², y sólo el 16 de marzo de 2004 se ordenaría publicar la decisión adoptada por los tres Magistrados³¹³.

306 V. las informaciones sobre las recusaciones interpuestas por Ismael García del Comando Ayacucho, de las fuerzas políticas del gobierno, y por William Dávila, Diputado del partido de gobierno contra los Magistrados Alberto Martini Urdaneta y Rafael Hernández Uzcátegui, en *El Universal*, Caracas, 04-03-2004, p. 1-5; *El Nacional*, Caracas, 04-03-2004, p. A-7; y *El Nacional*, Caracas, 05-03-2004, p. 1-4.

307 V. la referencia en Juan M. Raffalli, “Portazos en la cara”, en *El Universal*, Caracas 14-03-2004.

308 V. la información, corroborada por el Magistrado Iván Rincón, Presidente de la Sala Constitucional, en el reportaje de Edgar López, en *El Nacional*, Caracas, 04-03-2004, p. A-7; 1-5; y la información publicada en *El Nacional*, Caracas, 06-03-2004, p. A-2.

309 La recusación fue presentada por el diputado Gerardo Blyde. V. la referencia en Sentencia de la Sala Constitucional n° 347 de 11-03-2004, Exp. 04-0475.

310 Sentencia n° 347 de 11-03-2004, Exp. 04-0475. La Sala Electoral, a su vez, también habría declarado inadmisibles la recusación intentada contra sus Magistrados. V. la información en *El Universal*, Caracas 12-03-2004. Dicha decisión, a su vez, fue objeto de un recurso de revisión por ante la Sala Constitucional, ante la cual los representantes de los sectores oficiales insistieron en recusar a los Magistrados de dicha Sala Electoral. V. la información en *Globovisión.com*, Caracas 12-03-2004.

311 V. la información en *El Universal*, Caracas 12-03-2004; y *Globovisión.com*, Caracas 12-03-2004. Esta irregular situación la constataría posteriormente el Magistrado Rondón Haaz de la Sala Constitucional en su Voto Salvado a la sentencia n° 566 de la Sala Constitucional de 12-04-2004 en la cual se avocaría al conocimiento de las causas que cursaban ante la Sala Electoral, señalando que el 11-03-2004 “tres Magistrados habrían llamado a otro para informarle que habían tomado una decisión (“se le explico -sic- y se le advirtió que quedaba aprobada con el voto de los tres magistrados”)...”.

312 En efecto en el “Comunicado” hecho público el 15-03-2004 “donde ratifica la validez de la decisión de la Sala Constitucional que impide a la Sala Electoral pronunciarse sobre el referéndum revocatorio”, el

Con esta decisión de impedir que la Sala Electoral pudiera dictar las decisiones en materias de su exclusiva competencia (contencioso-electoral), se intentaba el secuestro institucional por parte de la Sala Constitucional, de otra Sala del Tribunal Supremo de Justicia de igual jerarquía en el orden judicial, lo que por supuesto no podría tener otra explicación que no fuera la de orden político.

La figura del “avocamiento”, mediante el cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo podría asumir (se podría avocar) al conocimiento de una causa que curse ante un tribunal inferior, respecto de lo cual la Sala Constitucional, en su propia jurisprudencia se había “auto creado” su propia competencia³¹⁴, en ningún caso podría proceder en relación con causas que se pudieran estar ventilando en otras Salas del propio Tribunal Supremo de Justicia conforme a sus propias competencias constitucionales, sino eventualmente ante tribunales inferiores en materias en las cuales la Sala Constitucional pudiera tener competencia³¹⁵; y además, el solicitante del avocamiento al menos debía ser parte en el proceso judicial respecto del cual se requería que la Sala asumiera el conocimiento.

Presidente de la Sala Constitucional señaló que vista la diligencia que habían formulado los dos Magistrados quienes no participaron en la decisión, que en una reunión convocada el 11-03-2004 aclarando dicho hecho, que “Presentes los cuatro magistrados Iván Rincón, José Manuel Delgado Ocando, Jesús Eduardo Cabrera (ponente) y Antonio García García se le explicó la grave situación que se estaba presentando en la Sala Electoral, el avocamiento que cursaba ante la Sala Constitucional y además el contenido de la ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera con la urgencia de la decisión que el caso ameritaba y se le explicó que el Poder Electoral había actuado con la potestad normativa que le delegó la Sala Constitucional y la que esta misma Sala dictó por excepción para el funcionamiento del Poder Electoral y que a fin de resolver sobre la procedencia o no del avocamiento se le estaba ordenando a la Sala Electoral paralizar cualquier acción de nulidad, amparo o cualquier otro recurso incoados contra los actos del Poder Electoral referidos a los procedimientos de referéndum revocatorio de cargos de elección popular e igualmente se le ordenaba abstenerse de decidir los mismos, paralizarlos y remitirlos a la Sala Constitucional al igual que todas las acciones que incoasen en este sentido. Los magistrados Iván Rincón Urdaneta, Jesús Eduardo Cabrera y José Manuel Delgado Ocando manifestaron estar de acuerdo con la sentencia y se le advirtió al magistrado Antonio García García que quedaba aprobada; *el cual exigió el texto escrito; se le entregó firmado ya por los tres magistrados que lo aprobaron* y se retiró del despacho” (cursivas agregadas). No es difícil deducir de este “comunicado” cómo el Presidente de la Sala Constitucional lo que hizo en él fue confesar que la decisión la tomaron tres Magistrados y así se la presentaron firmada al cuarto, el cual por tanto no pudo haber “participado” en la toma de la misma. *V.* el texto en *Globovisión.com*. Caracas 15-03-2004.

313 En una “diligencia” que se estampó en el expediente por la propia Sala, se dejaría constancia que “en el día de hoy, 16 de marzo de 2004, siendo las 4:50 de la tarde, se recibió del despacho del Magistrado Antonio García García ... la sentencia aprobada en la sesión del 11 de marzo de 2004 a las 2:30 p.m. en el expediente n° 04-0475, la cual fue devuelta sin la firma del mencionado Magistrado” por lo que entonces, la Sala lo remitía a la Secretaría para su publicación.

314 La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de mayo de 2004, regularizó la competencia de todas las Salas de avocarse al conocimiento de causas.

315 El profesor José Peña Solís, ex Magistrado de la Sala Electoral y quien había sido Presidente de la misma sobre esto recordó, en declaraciones dadas a María Lilibeth da Corte, que la figura del avocamiento está prevista “sólo para tribunales inferiores. Una Sala no es un tribunal, todas constituyen el TSJ. No se puede pretender que una Sala pueda avocarse a lo de otra Sala, porque eso crea una crisis institucional de incalculables dimensiones”, en *El Universal*, Caracas 13-03-2004.

B. La decisión cautelar de la Sala Electoral y las reacciones del poder político contra su autonomía e independencia del Tribunal Supremo

Pero la Sala Electoral del Tribunal Supremo, sin embargo, reaccionó contra la pretensión de la Sala Constitucional como lo hace un órgano judicial al servicio de la justicia, rebelándose ante el intento de secuestro. Fue la primera vez que una Sala del mismo Tribunal Supremo pondría en duda el rol de la Sala Constitucional, la cual lejos de haber sido el pilar de la construcción del Estado de Derecho, en muchas de sus actuaciones había sido un instrumento del autoritarismo.

Así, el 15 de marzo de 2004 el Presidente de la Sala Electoral respondió el “Memorando” que le había remitido la Sala Constitucional, acusando a dicha Sala de haber intentado “violentar el Estado de Derecho” al querer impedir que la Sala Electoral decidiera en las causas de su propia competencia³¹⁶, anunciando que ejercería sus competencias constitucionales en la decisión del recurso de nulidad y amparo que se había intentado contra la Resolución del Consejo Nacional Electoral.

Y así lo hizo, además, declarando con lugar el amparo cautelar que se le había solicitado en protección del derecho constitucional a la participación política en el juicio de nulidad contra la Resolución del Consejo Nacional Electoral, mediante sentencia nº 24 del 15 de marzo de 2004³¹⁷ (Caso: *Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina y Gerardo Blyde vs. Consejo Nacional Electoral*). En esta decisión, el Tribunal Supremo estimó que los efectos de la Resolución Nº 040302-131 de fecha 2 de marzo de 2004, dictada con fundamento en el *Instructivo* antes mencionado, colocando “bajo observación”, la cantidad de 876.017 firmas, debían suspenderse, por existir una presunción grave de violación del derecho fundamental a la participación política consagrado en el artículo 62 de la Constitución y garantizado en el artículo 70; y porque de no acordarse la suspensión, ello podría “hacer ilusoria la ejecución del fallo definitivo de ser éste declarado con lugar”.

Como consecuencia de la anterior declaratoria, la Sala, a los fines de restablecer la situación jurídica lesionada al estado en que se encontraba antes de que ocurriera la violación, y mientras se dictaba la sentencia de fondo, ordenó al Consejo Nacional Electoral, entre otras cosas, que *desaplicara* a las 876.017 firmas colocadas “bajo observación” en la Resolución impugnada, el criterio contenido en el *Instructivo* antes mencionado, que también había sido impugnado, el cual imponía la exigencia de ratificación de la manifestación de voluntad de los titulares de esas firmas (de-

316 En un inusitado “Comunicado” leído por el Presidente de la Sala Electoral y dirigido a los Magistrados de la Sala Constitucional, según el resumen hecho por la periodista Irma Álvarez, aquél cuestionó las comunicaciones que los días 11-03-2004 y 12-03-1004 se habían recibido de ésta, a través de las cuales le participaba a la Sala Electoral que estaba impedida de actuar en los casos relacionados con el referendo, en virtud de la solicitud de avocamiento formulada ante la Sala Constitucional; manifestándoles que “las referidas comunicaciones pretenden constituirse en una orden dictada, sin estar respaldada por sentencia alguna, razón por la cual la Sala Electoral ostenta todo el poder necesario para sustanciar y pronunciarse, de acuerdo a lo previsto en el artículo 297 de la Constitución y la jurisprudencia”. Además dijo no entender cuál es la motivación que tuvieron estos magistrados “al pretender sustraer de su juez natural los recursos” o “al participar que hubo una sesión de Sala que no se efectuó, como lo hacen constar los magistrados Antonio García y Pedro Rondón”. Sus preguntas fueron pues: ¿qué pretenden? ¿Violentar el Estado de Derecho?. V. en *El Universal*, Caracas 16-03-2004.

317 Exp. AA70-E 2004-000021 (Exp. x-04-00006)

nominado reparo negativo). La Sala Electoral, además, con el mismo fin restablecedor de la situación jurídica infringida, *acordó incluir o sumar* a las solicitudes validadas por el Consejo Nacional Electoral para la convocatoria del referendo revocatorio que alcanzaba a 1.832.493 de solicitudes, las 876.017 firmas o solicitudes antes indicadas, operación ésta que arrojaba “la cifra total de 2.708.510 de solicitudes o firmas”.

Por último, la Sala, en su sentencia, ordenó al Consejo Nacional Electoral procediera a *efectuar el procedimiento de reparo* en el lapso establecido en el artículo 31 de las Normas citadas y luego de realizado éste procedimiento, y de existir al menos el veinte por ciento (20%) de solicitudes válidas, “proceda a convocar el referéndum revocatorio a que se refiere el presente fallo, en el lapso establecido en el artículo 33 de dichas Normas”.

Con esta importante decisión³¹⁸, la solicitud popular del referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, se encontraba entonces con un camino libre de obstáculos, pero no exento de consecuencias políticas ni de que en el mismo se colocaran nuevos obstáculos políticos, los cuales se anunciaron el mismo día de la decisión.

En cuanto a las consecuencias políticas, en un sistema constitucional donde la separación de poderes no garantiza totalmente su independencia, dado que la Asamblea Nacional tiene la potestad de remover a los titulares de los Poderes Públicos no electos (Poder Judicial, Poder Electoral, Poder Ciudadano: arts. 265, 279, 296), las reacciones y amenazas no se hicieron esperar, tanto de parte del Poder Legislativo como del Poder Ejecutivo, e incluso, de órganos del Poder Ciudadano³¹⁹.

En cuanto al Poder Legislativo, fue primero la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, y después, la plenaria de la misma, el 16 de marzo de 2004, las que adoptarían un “acuerdo” donde se “condena enfáticamente” el fallo por considerarlo “absolutamente irritado y nulo”, y lo más grave, exhortaban al Poder Ciudadano para que calificara la conducta de los magistrados como “falta grave” a los efectos de poder ser removidos por la propia Asamblea Nacional, señalando entre otras cosas que:

De conformidad con el artículo 265 de la Constitución, en virtud de la gravedad de las faltas éticas, morales e institucionales de los magistrados, doctores Alberto Martini Urdaneta, Rafael Hernández Uzcátegui y Orlando Gravina Alvarado, insta al Poder Ciudadano a que inicie el procedimiento de calificación de la conducta de los magistrados, como falta grave, a

318 En un inusitado “comunicado” público de fecha 16-03-2004, sin embargo, el Magistrado Luis Martínez de la Sala Electoral, quien no había firmado la decisión, pondría en entredicho “la honorabilidad de sus colegas Martini y Hernández, quienes con su decisión -dijo- “ponen en duda, no sólo su falta de objetividad e imparcialidad para conocer y decidir del presente recurso, sino su idoneidad ética para desempeñarse como jueces de la República”. *V. Globovisión.com*, Caracas 16-03-2004.

319 La decisión fue públicamente cuestionada por el Fiscal General de la República, Isaías Rodríguez, quien estimó que más que una medida cautelar lo que había dictado la Sala Electoral había sido una decisión de fondo. Señaló que el contenido de la decisión: “hace de la cautelar una decisión de fondo y no una medida provisoria, y se corre el riesgo de que cause en sí misma el agravio o el daño que pretende evitar, desnaturalizándose el contenido de ella. Es decir, pasa a ser una decisión de fondo mas no provisoria”...Por lo demás, la cautelar adelanta opinión sobre la nulidad y pudiéramos estar ante una extralimitación de atribuciones. La decisión de la Sala Electoral ha incurrido en un evidente desorden procesal, puesto que pareciera que con una medida provisional se pretende anular un acto administrativo que para los promotores del amparo constituye el verdadero fondo de la acción. *V. en El Universal*, Caracas 16-03-2004.

los fines de que el pleno de la Asamblea Nacional decida con la votación correspondiente la remoción de sus cargos³²⁰.

La sugerencia de la Asamblea Nacional, por supuesto, surtió efectos de inmediato, y el mismo día 16 de marzo de 2004, por una parte, representantes del partido de gobierno solicitarían ante el Tribunal Supremo de Justicia en Pleno, el inicio de un antejuicio de mérito para enjuiciar a los Magistrados de la Sala Electoral, Alberto Martini Urdaneta, Rafael Hernández Uzcátegui y Orlando Gravina Alvarado³²¹, seguramente por el “delito” de haber sido independientes y autónomos como jueces; y por la otra, el Consejo Moral Republicano (Poder Ciudadano), integrado por el Fiscal General de la República, el Contralor General de la República y el Defensor del Pueblo, como consecuencia de la solicitud de la Asamblea Nacional, acordaría con base en el artículo 275 de la Constitución y el artículo 32 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, iniciar el procedimiento de calificación de las presuntas faltas atribuidas a los mismos Magistrados de la Sala Electoral del Tribunal Supremo, en relación con la decisión anunciada por esa instancia del máximo Tribunal sobre el proceso refrendario³²².

Con posterioridad, el 18 de junio de 2004, efectivamente y como era de esperarse, el mencionado Consejo Moral Republicano resolvería por decisión unánime, calificar la actuación de los Magistrados de la Sala Electoral al dictar su decisión como falta grave, pues supuestamente habrían actuado “con grave e inexcusable ignorancia de la Constitución, de la ley y del derecho y menoscaban los principios fundamentales establecidos en la Carta fundamental”. Es decir, el Poder Moral Republicano se erigía en revisor de las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, llegando a señalar que “la Sala Electoral violó la independencia entre los poderes... pues no sólo suspendió las normas reglamentarias del Consejo Nacional Electoral, sino que se subrogó en éste para dictar reglas de validación de firmas que únicamente competen al Poder Electoral”. Con ello, incluso, el Poder Moral Republicano se pretendía erigir en juez y determinar cual era la competencia de la Sala Electoral, cuando es elemental que el Tribunal Supremo es el único juez de su competencia. En todo caso, el Poder Moral Republicano aprobó notificar su “decisión” a la Asamblea Nacional a los efectos de la eventual remoción de los magistrados de la Sala Electoral. Para ello se requería, sin embargo, una votación de las dos terceras partes de los diputados, lo que no era posible conseguir dada la polarización política que prevalecía³²³.

Pero también se produciría la reacción del Poder Ejecutivo contra una Sala Electoral del Tribunal Supremo, a través del Vice Presidente Ejecutivo de la República, quién calificaría a la sentencia como “inconstitucional, subversiva, mafiosa e inmoral”, reivindicando además un supuesto tutelaje de la Sala Constitucional del Tribu-

320 *V. en Globovisión.com*, Caracas 16-03-2004.

321 *Idem*.

322 *Ibidem*. En dicho procedimiento, con fecha 18-03-2004, el Consejo Moral Republicano requeriría de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia copia del Expediente de la solicitud de avocamiento que cursaba ante la misma. *V. El Universal*, Caracas 19-03-2004.

323 El Magistrado Martini Urdaneta, días después, se acogería a la jubilación alegando entre otras cosas, que la Asamblea Nacional no había atendido su solicitud de ser oído. *V. El nacional*, caracas, 12-06-2004, p. A-4.

nal Supremo de Justicia sobre el Consejo Nacional Electoral y, en general, sobre la materia electoral, en razón que haber sido esa Sala la que había nombrado al Consejo Nacional Electoral por la omisión de la Asamblea Nacional, lo que en criterio del representante Poder Ejecutivo “significa que todo lo relativo a la cuestión electoral corresponde estrictamente al CNE, y vía recurso a la Sala Constitucional”, a cuyas decisiones se acogerían por supuestamente ser la única con “jurisdicción en esta materia, y que es la que resguarda precisamente a la Constitución de 1999”³²⁴.

En todo caso, todas las manifestaciones de los Poderes Legislativo, Ciudadano y Ejecutivo en contra de la decisión adoptada por la Sala Electoral, al suspender los efectos de la decisión del Consejo Nacional Electoral, lo que evidenciaban, una vez más, en general, era la reacción del poder político contra un órgano del Poder Judicial, cuando se sintió que podía actuar con autonomía e independencia, es decir, que escapaba de su control y que no lo tenían totalmente a su servicio.

C. El secuestro de la Sala Electoral por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo con ocasión de su decisión cautelar

No había, por tanto, otra forma de callar a la Sala Electoral del Tribunal Supremo y de impedirle que siguiera ejerciendo sus competencias constitucionales y continuara decidiendo sobre ellas, que no fuera inhabilitándola para ello, en definitiva, secuestrándola y arrebatándole sus competencias constitucionales. El instrumento para ello fue, de nuevo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

a. *Las vías judiciales para el secuestro*

Y a ese objetivo se dirigieron todas las acciones imaginables, siendo como se dijo, la Sala Constitucional el instrumento para el secuestro y, por tanto, para de nuevo obstaculizar el camino del referendo revocatorio. Así, el mismo día de la decisión de la Sala Electoral, el Alcalde del Municipio Libertador del Distrito Capital en nombre del partido de gobierno, intentaría por ante la Sala Constitucional, según se informaba en nota de prensa emitida por el propio Tribunal Supremo de Justicia, un supuesto “recurso de protección” contra la referida decisión de la Sala Electoral, alegando que la misma era supuestamente ilegal “por violatoria del artículo 135 (*sic*) de la Constitución... en cuanto a que la decisión de la Sala Constitucional del viernes pasado es vinculante o sea es de uso obligatorio por el resto de las Sala. Es así que la Sala Electoral no podía, en el día de hoy, emitir ninguna decisión con respecto al recurso de amparo porque la Sala Constitucional se había avocado al respecto”.

La inconstitucional tesis de que la Sala Constitucional supuestamente sería la única que podía resolver sobre la materia, se concretaba, así, en un recurso que en defi-

324 V. en *El Universal*, Caracas, 17-03-2004. Incluso, en un inusitado “Comunicado” emitido por la Embajada de Venezuela en Washington el día anterior, 15-03-2004, su afirmaba tajantemente que: “La decisión de la Sala Electoral es contraria a los artículos 335 y 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Bajo la Constitución, esta Sala no tiene la competencia para tomar decisiones en materia constitucional. En cambio, el árbitro final de la interpretación constitucional es la Sala Constitucional de la Corte Suprema (*sic*). Por lo tanto, la decisión de la Sala Electoral está en contra de los principios del debido proceso y en contra de la Ley”. V. también en *Globovisión.com*, Caracas 16-03-2004.

nítiva sería un recurso de revisión de sentencias (art. 336,10 de la Constitución), en el cual se solicitaba se suspendieran “los efectos del fallo de la Sala Electoral hasta tanto se produzca una decisión firme de la Sala Constitucional”³²⁵.

En esta forma, de nuevo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia volvía a tener en sus manos el destino del referendo revocatorio del mandato presidencial y la posibilidad de reaccionar, a través de una decisión judicial, contra la Sala Electoral del mismo Tribunal Supremo de Justicia que había “osado” cuestionar públicamente sus pretensiones hegemónicas y la había acusado, incluso, de haber querido “violentar el Estado de Derecho”; y que además, había tenido el “atreimiento” de asumir las competencias que tenía conforme a la Constitución y había decidido el recurso que se había interpuesto ante ella.

El primer paso para asumir el control político sobre la materia que daría la Sala Constitucional, se produjo el 16 de marzo de 2004, cuando la Sala consignó un “auto” en el expediente de la solicitud de avocamiento que para impedir que la Sala Electoral decidiera en el recurso de nulidad contra la decisión del Consejo Nacional Electoral que había formulado el Sr. Ismael García, como representante del denominado Comando Nacional de Campaña Ayacucho, de los partidos que apoyaban al gobierno (a pesar de no ser “parte” en proceso judicial alguno que cursara ante la Sala Electoral para poder “solicitar” el avocamiento de una causa por parte de la Sala Constitucional); con las siguientes motivaciones:

Visto que en sentencia de esta Sala N° 2748 de 20 de diciembre de 2001 (Caso: *Javier Elechiguerra*), la Sala se declaró competente para conocer de los recursos de nulidad por inconstitucionalidad de actos emanados del Poder Electoral.

Visto que es esta Sala quien dictó, por excepción, la normativa para el funcionamiento del Poder Electoral, y delegó en él, la potestad normativa para garantizar a los ciudadanos el ejercicio de los derechos políticos.

La Sala Constitucional resolvió entonces, paralizar toda actividad judicial de la Sala Electoral en la materia “a fin de resolver si es procedente o no el avocamiento solicitado”, ordenándole, “que envíe todos los expedientes contentivos de las acciones de nulidad, amparo o cualquier otro recurso incoado contra los actos del Poder Electoral, relativos a los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular”, resolviendo que:

En consecuencia, desde el momento en que la Sala Electoral de este Tribunal Supremo reciba la comunicación respectiva, deberá paralizar todos los procesos y se abstendrá de decidir los mismos, debiendo remitir - de inmediato- a esta Sala, hasta que se resuelva el avocamiento, cualquier acción que se incoase en dicho sentido³²⁶.

325 V. la información en *El Universal*, Caracas 16-03-2004.

326 V. en *El Universal*, Caracas 17-03-2004. Para el día 18-03-2004, el Presidente de la Sala Electoral seguía argumentando que se trataba de una decisión inexistente, como lo reseña la periodista Irma Álvarez: “Por otra parte, el presidente de la Sala Electoral cuestionó el hecho de que le estén solicitando remitir, a la mayor brevedad posible, los expedientes en curso y las acciones que sean ejercidas con relación a los referendos revocatorios, partiendo para ello de una “sentencia inexistente”. En este sentido recordó que los Magistrados Antonio García García y Pedro Rondón Haaz estamparon una diligencia, en el expediente en el cual el Comando Ayacucho requirió el avocamiento presto de la Sala Constitucional. En dicha diligencia denunciaron que no estuvieron presentes en sesión alguna en la que se hubiera publicado una sentencia sobre el revocatorio. Por ello acotó que según el art. 246 del Código de Procedimiento Civil: “no se considerará como sentencia, ni

Debe destacarse en la motivación de este “auto”, la aparentemente innecesaria referencia a que había sido la Sala Constitucional la que había dictado “la normativa para el funcionamiento del Poder Electoral” y que había sido la que había “delegado” en el Consejo Nacional Electoral “la potestad normativa para garantizar a los ciudadanos el ejercicio de los derechos políticos”. Ello, sin duda, permitía vislumbrar el argumento de que la Sala Constitucional se podía considerar como una especie de “tutor” del Poder Electoral al cual le había secuestrado y limitado su autonomía, para entonces asumir en exclusividad el control jurisdiccional sobre sus actos (durante el régimen transitorio *sine die*, por supuesto), quitándole sus competencias en la materia a la Sala Electoral. Y ello fue precisamente lo que ocurrió, el 31 de marzo de 2004, cuando la Sala Constitucional finalmente anunciaría que se avocaría al conocimiento de la causa.

En esta forma, el secuestro de la Sala Electoral por la Sala Constitucional se comenzaba a consolidar, aún cuando *ex post facto*, pues como se ha dicho, ya para el 16 de marzo de 2004 la Sala Electoral había adoptado la decisión cautelar de suspender los efectos de la Resolución del Consejo Nacional Electoral en las materias del referendo revocatorio presidencial. El paso siguiente para impedir el referendo revocatorio, por tanto, no podía ser otro que no fuera anular dicha decisión de la Sala Electoral del Tribunal Supremo e impedirle que siguiera conociendo del asunto.

Con la decisión de la Sala Constitucional, en efecto, se buscaba sustraer del conocimiento de la Sala Electoral la cuestión de fondo que era el recuso de nulidad de la Resolución del Consejo Nacional Electoral. Por ello se le ordenaba a la Sala Electoral paralizar todos los procesos, abstenerse de decidir los mismos, y remitir de inmediato a la Sala Constitucional, hasta que se resolviera el avocamiento, cualquier acción que se incoase en dicho sentido.

Pero algo imprevisto surgiría en el proceso de secuestro, y fue que la referida decisión de la Sala Constitucional sería públicamente rechazada por la Sala Electoral, de nuevo, a través de un inusitado “comunicado” de su Presidente, Martini Urdaneta, de fecha 18 de marzo de 2004, en el cual aseguraba que no remitiría a la Sala Constitucional el expediente contentivo de los casos relacionados con el referendo revocatorio presidencial, tal como lo habría solicitado esta última el día anterior, 17 de marzo de 2004, agregando que “Esta Sala Electoral ratifica su competencia para el conocimiento de la causa que se ventila en esta Sala accidental, y declara no a lugar los requerimientos en el oficio antes identificado, por cuanto los mismos son inaccesibles en derecho y así se declara”³²⁷.

se ejecutará, la decisión a cuyo pronunciamiento aparezca que no han concurrido todos los jueces llamados por ley ni la que no esté firmada por todos”. *V. en El Universal*, 19-03-2004.

327 La periodista Irma Álvarez reseñó lo expuesto por el Magistrado Martini Urdaneta así: En el oficio de tres páginas indicó que estas medidas las está tomando ante la existencia de un fallo emitido por la misma Sala Constitucional, el 4 de abril del 2003, según el cual el avocamiento de las causas que cursaban en la Sala Electoral sobre el referendo consultivo era “inaccesible en derecho”, porque tanto la Sala Electoral como la Constitucional “cuentan con igual rango, siendo ambas en su orden las cúspides de la jurisdicción constitucional y electoral”. Con esto intentó salirle al paso a las afirmaciones según las cuales la Sala Constitucional puede avocarse y conocer los expedientes sobre el revocatorio, alegando para ello el riesgo de violación de derechos constitucionales o que el Instructivo sobre el Tratamiento de las Firmas de Caligrafía Similar tiene “efectos generales” o “colectivos”. Acto seguido, destacó Martini Urdaneta que la Sala Electoral recurrió a dicha jurisprudencia y se declaró competente para conocer los casos del revocatorio, no sólo por ser “la cúspide de la jurisdicción electoral, sino por mandato del artículo 297 de la Constitución”. De acuerdo con esta

Pero a la polémica por el control de los juicios, también se agregaría el propio Consejo Nacional Electoral al intentar ante la Sala Constitucional, como lo informara su presidente Francisco Carrasquero, “en protección y defensa de los derechos e intereses del CNE” un “recurso de controversia constitucional por conflicto de poderes” entre la Sala Electoral y el Consejo Nacional Electoral con el objeto, primero, de “preservar la autonomía del Poder Electoral como el competente para resolver toda la controversia y actos relacionados con la materia electoral”; segundo, de solicitar se decretase “una medida cautelar innominada de suspensión de los efectos de la sentencia del 15 de marzo de 2004” que había dictado la Sala Electoral; tercero, solicitar que se acumulasen “a la causa constitucional todos los procesos que se encuentren en curso y, en especial, el proceso contencioso electoral que cursa ante la Sala Electoral”; y, cuarto, que una vez dirimida “la controversia entre la Sala Electoral y el organismo comicial, la Sala Constitucional declare la nulidad de la sentencia de fecha 15 de marzo de 2004 y se ratifique la competencia del CNE como rector del Poder Electoral”.³²⁸

Demás está decir que tal “recurso de controversia constitucional” entre un órgano del Poder Electoral (Consejo Nacional Electoral) y el órgano del Poder Judicial (Sala Electoral) llamado constitucionalmente a controlar los actos del primero, es una imposibilidad lógica y constitucional, pues de proceder no habría posibilidad alguna de control judicial de los actos del Poder Público, ya que siempre se podría alegar tal “conflicto constitucional”.

En todo caso, y por más ausencia de fundamento jurídico que pudieran tener las solicitudes y “recursos” que se habían intentado por ante la Sala Constitucional, lo cierto es que la misma disponía de instrumentos, así fueran inadmisibles, para poder perpetrar el secuestro final de la Sala Electoral del mismo Tribunal Supremo y consolidar la confiscación del derecho a la participación política que había hecho el Consejo Nacional Electoral. En efecto, en primer lugar, se le había formulado una solicitud de avocamiento para impedir que la Sala Electoral decidiera sobre la nulidad de la decisión del Consejo Nacional Electoral, formulada por el representante del Comando de Campaña de los partidos políticos que apoyaban al gobierno, que no tenía la condición de parte en el proceso ante aquella Sala. En segundo lugar, se había interpuesto un supuesto “recurso de protección” que no existe en el ordenamiento procesal constitucional y que más bien podía ser un recurso de revisión constitucional, que había intentado el Alcalde del Municipio Libertador en representación del partido de gobierno, contra la sentencia que ya había dictado la Sala Electoral; y, en tercer lugar, también se había intentado un inexistente y absurdo “recurso de controversia constitucional por conflicto de poderes” que había intentado el Consejo Nacional Electoral que también buscaba la anulación de dicha sentencia.

No era difícil imaginarse lo que con ese cuadro podía ocurrir: por una parte, que la Sala Constitucional podía acordar el avocamiento (lo que anunció el 30 de marzo de 2004 y efectivamente hizo el 12 de abril de 2004), para lo cual, el mismo día 16 de

norma, “la jurisdicción contencioso electoral será ejercida por la Sala Electoral del TSJ”. *V. en El Universal*, Caracas 20-03-2004.

328 *V. la información en El Universal*, Caracas 17-03-2004. El día 19-03-2004, dos de los miembros del Consejo Nacional Electoral expresaban su desacuerdo con tal solicitud. *V. en El Universal*, Caracas, 20-03-2004.

marzo, la Sala, formalmente, había ordenado publicar la sentencia firmada por sólo tres Magistrados que habían ordenado a la Sala Electoral abstenerse de dictar sentencia y, en consecuencia, anular la sentencia de la Sala Electoral por haberse dictado contra lo ordenado en su decisión por la Sala Constitucional; y por la otra, que la Sala también revisara la sentencia de la Sala Electoral, y la anulara por considerarla inconstitucional al haber vulnerado su “doctrina” (lo que efectivamente también ocurrió el 23 de marzo de 2004). Es decir, ambas cosas sucedieron, y así, por lo demás, lo vaticinaba el titular de la primera página del diario *El Universal* de Caracas del día 18 de marzo de 2004 al anunciar que: “Anularán fallo del Sala Electoral”³²⁹.

b. *La anulación de la sentencia cautelar de la Sala Electoral por la Sala Constitucional*

Y en efecto, la muerte anunciada de la sentencia de la Sala Electoral ocurrió una semana después, cuando la Sala Constitucional mediante sentencia N° 442 de 23 de marzo de 2004 (Caso: *Ismael García vs. Sentencia N° 24 de la Sala Electoral*), al conocer el recurso de revisión que un diputado en nombre del Comando Ayacucho de los partidos de gobierno había interpuesto contra la sentencia, lo declaró con lugar, anulándola, impidiendo así el ejercicio del derecho político colectivo a la revocatoria del mandato presidencial. Conforme al criterio revisor manifestado en su decisión, la Sala Constitucional descargó toda su antidemocrática posición contra la Sala Electoral, resolviendo que esta no había respetado la doctrina vinculante establecida por la Sala, y que era “una crasa violación del derecho a la defensa y al debido proceso consagrados en el artículo 49 del Texto Fundamental, por cuanto el Consejo Nacional Electoral no pudo participar en un procedimiento que excluyó el trámite contradictorio”. La Sala Constitucional en efecto resolvió que “a fin de garantizar el imperio, la supremacía y la efectividad de las normas y principios constitucionales”, había lugar a la revisión que le fue solicitada y, en consecuencia, anuló la sentencia N° 24, dictada el 15 de marzo de 2004 por la Sala Electoral Accidental antes referida, “por haber incurrido en extralimitación de funciones en desacato a la doctrina de interpretación constitucional establecida por esta Sala en sentencia N° 88/2000, antes referida, así como, por infracción de lo dispuesto en los artículos 136, 137, 138, 293.1 y 294 de la Constitución”. La Sala Constitucional, además ratificó:

La intimación realizada a Sala Electoral de este Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 387 del 16 de los corrientes, en la cual se le ordenó paralizar todos los procesos referidos a acciones de nulidad, amparo o cualquier otro recurso incoado contra los actos del Poder Electoral, relativos a los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular y de abstenerse de decidir los mismos, así como remitir, de inmediato, a esta Sala, todos los expedientes contentivos de dichas acciones, hasta que se resuelva la solicitud de avocamiento interpuesta por el ciudadano Ismael García³³⁰.

Sobre ello, la Sala Electoral en su mencionada sentencia del 29 de marzo de 2004, destacó “la evidente y manifiesta improcedencia del dispositivo contenido en la

329 V. en *El Universal*, Caracas 18-03-2004.

330 Exp. N° 04-0620.

sentencia (Nº 442) dictada por la Sala Constitucional Accidental del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 23 de marzo de 2004, que declara la nulidad de la medida cautelar acordada por esta Sala el día 15 de marzo de 2004, pretendiendo enervar sus efectos, pues observa que es, justamente, la Sala Constitucional Accidental la que *quebranta además de los principios constitucionales y legales que rigen la atribución de competencia en nuestro ordenamiento jurídico, los criterios doctrinarios establecidos por ella misma y violenta así el Estado de Derecho y de Justicia* que ella misma está llamada a garantizar. Así se declara”.

Adicionalmente, la Sala Electoral mediante la citada sentencia Nº 27 del 29 de marzo de 2004³³¹, dictada en el mismo expediente (Caso: *Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina Y Gerardo Blyde vs. Consejo Nacional Electoral*), rechazó la decisión nº 442 de la Sala Constitucional, planteando además ante la Sala Plena del Tribunal Supremo la “resolución de un conflicto de funcionamiento” entre las Salas Electoral y Constitucional, derivado de las “ordenes” que la segunda pretendía darle a la primera, cuando ambas tienen igual jerarquía. Tal posibilidad jurisdiccional de la Sala Plena resolviendo conflictos “de funcionamiento” entre las Salas del Tribunal Supremo, sin embargo, no estaba prevista en el ordenamiento procesal; y la misma sentencia dictada no resolvía un conflicto entre partes en un proceso, y más bien era un auto de la Sala planteando el referido conflicto de “funcionamiento. En todo caso, en su rechazo, la Sala Electoral en su mencionada sentencia nº 27 de 29 de marzo de 2004, señaló que la decisión de la Sala Constitucional no podía:

[M]enos que causar asombro, por decir lo menos, pues además de manifestar desconocimiento de las actuaciones cursantes en el cuaderno separado en el cual se dictó la sentencia de naturaleza interlocutoria por ella revisada -y en el que consta que si hubo oposición a la medida de amparo cautelar por distintos interesados- constituye un pronunciamiento que la vicia de falso supuesto, de hecho y de derecho...³³²

Además, la decisión de la Sala Constitucional dictada al “revisar” una sentencia de la Sala Electoral, sin duda constituía un pronunciamiento de fondo sobre la causa que cursaba ante la Sala Electoral, como si la Sala Constitucional estuviera conociendo de una “apelación”. Un pronunciamiento de tal naturaleza era totalmente improcedente, por lo que la Sala Electoral en su sentencia nº 27 de 29 de marzo de 2004 lo rechazó señalando que con el mismo:

La Sala Constitucional Accidental se aparta abiertamente de las competencias que le han sido atribuidas por la Constitución... y delineadas por su propia jurisprudencia, para hacer pronunciamientos acerca del mérito de la causa, que la sentencia revisada se abstiene de proferir por tratarse de una sentencia de amparo cautelar en la que, como bien sabe, le esta prohibido hacer pronunciamientos que impliquen un examen del fondo del asunto debatido, lo cual, sin duda, esta circunscrito a determinar si los actos impugnados violan o contradicen la normativa aplicable al caso de autos.

331 Exp. AA70-E-2004-000021- AA70-V-2004-000006.

332 V. toda la argumentación detallada de estas sentencias en expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional vs. 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)*, Ediciones El Nacional, Caracas, 2004, pp.109 y ss.

Antes, en la misma sentencia, la Sala Electoral había destacado la inconsistencia procesal en la que había incurrido la Sala Constitucional al señalar que en su sentencia, “se emite pronunciamientos sobre el fondo del asunto debatido, sin que se hubiere avocado al conocimiento de la causa -figura por demás absolutamente impropcedente- y sin haber tenido a la vista el expediente”. La Sala Electoral, además acusó a la Sala Constitucional de utilizar la vía de la revisión de sentencias para:

[Así] (actuando fuera del ámbito de su competencia) entrar a analizar el fondo del asunto objeto de un recurso contencioso electoral de nulidad, para pretender preestablecer, con ello, criterios que pudieran ser calificados como “interpretación constitucional”, lo que evidencia una clara extralimitación de competencia jurisdiccional arrebatándose a su juez natural que es la Sala Electoral, órgano con igual jerarquía e integrante del mismo órgano judicial (Tribunal Supremo de Justicia), como lo ha reconocido reiteradamente la Sala Constitucional.

Debe destacarse que en su sentencia, la Sala Constitucional había advertido que la Sala Electoral, al haber acordado sumar a las solicitudes validadas por el Consejo Nacional Electoral para la convocatoria del referendo revocatorio, las 876.017 solicitudes colocadas “bajo observación” y ordenar al Consejo Nacional Electoral aplicar a tales solicitudes el procedimiento de reparo establecido en el artículo 31 de las *Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular*, “creó derechos subjetivos a favor de los accionantes, lo cual resulta contrario a la naturaleza del amparo cautelar”, el cual tiene “como fin la suspensión de los efectos del acto o norma señalados como lesivos, al detener la realización de ciertas actividades o impedir que las mismas se consoliden” por lo que “suspender los efectos de los actos impugnados jamás implica que se ordene hacer algo al Poder Electoral para crear nuevas situaciones jurídicas”.

También consideró la Sala Constitucional que con el dispositivo del fallo objeto de la revisión, la Sala Electoral Accidental habría negado “las facultades inquisitivas de la Administración Electoral a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos constitucionales para la convocatoria de referendo revocatorio del mandato de funcionarios de elección popular, ya que este órgano del Poder Público se encuentra obligado a determinar el carácter fidedigno de la manifestación de voluntad de los firmantes, requisito que no puede presumirse como satisfecho, sin infringir el artículo 72 del Texto Fundamental”.

La Sala Constitucional también estimó que la sentencia impugnada de la Sala Electoral habría violado los numerales 1 y 5 del artículo 293, el artículo 294 y los artículos 136, 137 y 138 de la Constitución, pues no sólo había suspendido “normas reglamentarias estatuidas por el Consejo Nacional Electoral, sino que se subrogó en éste para dictar reglas sobre validación de las firmas, que únicamente competen al Ente Rector del Poder Electoral conforme a las disposiciones constitucionales indicadas. Así igualmente, se declara”.

En relación con tal afirmación, la Sala Electoral respondió en su sentencia que “la Sala Constitucional Accidental, llamada a ‘...*garantizar el cumplimiento, vigencia y respeto de los postulados constitucionales...*’, como ella misma lo ha indicado tantas veces en su jurisprudencia, olvida que no existe acto del Poder Público que pueda escapar del control jurisdiccional”, agregando que la aseveración de la Sala Constitucional “lesiona abiertamente lo dispuesto en los artículos 7, 25, 26, 139 y 297 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que impiden que actos del

poder público puedan ejercerse sin control alguno por parte de los órganos llamados por la Constitución a impartir justicia..”

Sobre la decisión de la Sala Constitucional de ordenarle a la Sala Electoral abstenerse de decidir en la causa, la Sala Electoral consideró que la Sala Constitucional la había dictado “sin justificación ni motivación alguna extralimitándose en sus atribuciones revisoras “pretendiendo “ratificar el contenido de su decisión n° 387 de fecha 16 de marzo de 2004, cuyo contenido (causa y efectos), no formó parte del *thema decidendum* que con ocasión de tal revisión conoció, inherente a una solicitud formulada en un expediente distinto (n° 2004-0475), cuya orden esta Sala Electoral Accidental resolvió no cumplir, por no existir obligación constitucional, legal, ni jurisprudencial alguna para ello, en los términos que le fueron expresamente señalados al Presidente de la Sala Constitucional en la oportunidad de dar acuse a sus oficios n° 04-570, 04-571 y 04-611, mediante oficio n° 04.052 que en fecha 18 de marzo de 2004 la Sala Electoral le remitiera y cuyo contenido se ratifica en el presente fallo”. La Sala Electoral, además, destacó que con esa decisión, “la Sala Constitucional Accidental pretende derivar la comisión del desacato a la inobservancia de una orden genérica y absolutamente impropia que pretendió impartir a la Sala Electoral (no sólo a la Sala Electoral Accidental que se constituyó para conocer del asunto contenido en el expediente N° 2004-000021), comprendida en los oficios ya referidos y la decisión NC 387/2004, a pesar de estar en conocimiento de las razones por las cuales esta Sala no dio cumplimiento a la aludida “orden”, por considerar que la decisión no tiene el carácter ni la fuerza vinculante de una decisión legalmente proferida”, y además, porque:

1.- La Sala Electoral no es órgano subordinado ni jerárquicamente dependiente de la Sala Constitucional, natural o Accidental, ni en el plano jurisdiccional ni de organización administrativa, además de ser la especializada por la materia conforme a lo establecido en el artículo 297 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por lo demás, la Sala Electoral destacó en relación con el invocado artículo 29 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que el mismo “sólo es aplicable en caso de desacatos a mandamientos de amparo constitucional, no siendo esta la situación planteada por la Sala Constitucional Accidental, ya que la misma señaló estar conociendo de una *solicitud de avocamiento* y no de una *acción de amparo constitucional*”. De allí que la Sala Electoral destacara que

Mal podría la Sala Constitucional Accidental pretender asimilar el desacato previsto en la mencionada Ley a la actuación de la Sala Electoral Accidental en defensa de su competencia, salvo que con ello pretenda, por una parte, amedrentar y, por la otra, distraer, mediante una sentencia de revisión constitucional, la sustracción de esta Sala del conocimiento de un recurso contencioso electoral para el cual sólo ella detenta la competencia, a los fines de ratificar con ello hacer valer una sentencia de avocamiento que, como ha quedado demostrado, es inexistente y, en consecuencia, no puede ser ejecutada.

En todo caso, y a pesar de las protestas de la Sala Electoral, ocurrió lo que estaba anunciado: la Sala Constitucional había concluido el secuestro de la Sala Electoral del mismo Tribunal Supremo, pretendiendo someterla a su autoridad y a la obligación de acatar “su doctrina” jurisprudencial, desconociendo que la Sala Electoral tenía y tiene la misma competencia que la Sala Constitucional de ser el máximo y último interprete de la Constitución cuando decide los asuntos de su competencia (art. 335). Al consumar dicho secuestro, la Sala Constitucional también pretendía

confirmar la confiscación que el Consejo Nacional Electoral ya había decretado del derecho a la participación política de los ciudadanos mediante la petición del referendo revocatorio presidencial. Ello, sin embargo, tampoco era de extrañar pues, en definitiva, se había dictado por un órgano del Poder Público (Poder Electoral) que ya había sido previamente secuestrado por la misma Sala Constitucional.

Pero la Sala Electoral, como se ha analizado, resistió al ataque de la Sala Constitucional, y en la antes analizada sentencia n° 27 del 29 de marzo de 2004, no sólo afirmó su competencia para ejercer la Jurisdicción Contencioso Electoral, constataando que las distintas Salas del Tribunal Supremo “tienen la misma jerarquía en sus respectivas competencias y atribuciones”, y rechazando “la intimación” que le había hecho la Sala Constitucional con base en el principio de “la igualdad que existe entre todas y cada una de las Salas que conforman el Tribunal Supremo”; sino que resolvió elevar “a la Sala Plena la resolución de un conflicto de funcionamiento derivado de una ‘intimación’ u ‘orden’ a fin de que sea analizado, por esa Sala Plena, lo perjudicial que resulta para el normal funcionamiento y administración de justicia el uso de términos imperativos de una Sala a otra de igual jerarquía”.

Como ya se ha señalado, todas las antes mencionadas y analizadas actuaciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela, lo que harían sería poner en evidencia, cómo un instrumento tan importante para afianzar el Estado de derecho como lo es la Jurisdicción Constitucional, podía también ser un instrumento al servicio del autoritarismo, particularmente cuando sus decisiones, como ninguna de las decisiones de cualesquiera de las otras Salas, en principio son irrevocables. Con decisiones como la reseñada y con procesos como los descritos en relación con el Poder Electoral y con la Jurisdicción contencioso electoral, puede decirse que en 2004, del Estado de derecho en Venezuela sólo había quedado la expresión verbal del artículo 2 de la Constitución, y muy poco más.

c. El avocamiento de la causa por la Sala Constitucional a costa de la destrucción de la “Pirámide de Kelsen”

La fórmula para despojar a la Sala Electoral de toda posibilidad de decidir en la causa contencioso electoral en la que era juez natural (Caso: *Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina y Gerardo Blyde vs. Consejo Nacional Electoral*), sin duda, era que la Sala Constitucional se avocara al conocimiento de la misma, tal como se le había solicitado, lo cual por supuesto no era procedente.

Ya la misma Sala Electoral, en su sentencia N° 27 del 29 de marzo de 2004, antes comentada, había sido enfática en considerar que el mencionado avocamiento era “a todas luces, inadmisibile o en todo caso improcedente de conformidad con la pertinente jurisprudencia (*Vid.* Sentencia n° 806 de fecha 24 de abril de 2002, Caso: *Sintracemento*), además de la circunstancia de haber sido solicitado por una persona que no es parte en los procesos judiciales involucrados cuyo avocamiento solicita y haber pretendido, la Sala Constitucional Accidental hacer valer los efectos de tal avocamiento mediante una sentencia evidentemente inexistente...”. El mismo Magistrado Presidente del Tribunal Supremo Iván Rincón Urdaneta, actuando como Juez de Sustanciación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en sentencia N° 94 de 2 de diciembre de 2003 (Caso: *Robert Osuna y otros vs. Consejo Nacional*

Electoral), ya había incluso sido expreso y enfático en declarar incompetente a la Sala Constitucional para conocer de la impugnación de la Resolución n° 030925-465 de fecha 25 de septiembre de 2003, emanada del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual dictó Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular, por considerar que era de naturaleza electoral, siendo:

Para este Juzgado de Sustanciación, declarar la incompetencia de la Sala para conocer el presente asunto, todo de conformidad con el ordinal 2° del artículo 84, en concordancia con el ordinal 4° del artículo 124, ambos de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Así se declara³³³.

En consecuencia, el avocamiento por la Sala Constitucional del juicio de nulidad de actos administrativos de efectos externos (Resolución) y de efectos internos (Instructivo) del Consejo Nacional Electoral, jurídicamente no era posible, pues la competencia exclusiva para controlar la constitucionalidad y legalidad de dichos actos corresponde a la Sala Electoral (Jurisdicción Contencioso Electoral). La Sala Constitucional en forma alguna podía llegar a tener competencia para controlar la constitucionalidad de dichos actos administrativos, dado su rango sublegal y dado que sus atribuciones como Jurisdicción constitucional, en cuanto a juicios de nulidad, estaban limitadas al conocimiento de la inconstitucionalidad de los actos de rango legal, es decir, de las leyes, de los actos con valor de ley y de los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución que tienen, por tanto, rango de ley. Los actos impugnados ante la Sala Electoral, sin duda alguna, no encajaban en dichas categorías, por lo que no teniendo competencia la Sala Constitucional para conocer de su nulidad, no tenía posibilidad alguna de avocarse al conocimiento de la causa.

Sin embargo, en solo tres meses el Magistrado Iván Rincón Urdaneta cambiaría se opinión, y la Sala Constitucional con su voto, mediante una sentencia anunciada en su *página web* el 31 de marzo de 2004, que después resultó que no existía³³⁴, anunciaría que había decidido avocarse al conocimiento de la causa contencioso electoral antes mencionada, que se había iniciado con la impugnación de la Resolución del Consejo Nacional Electoral n° 040302-131 de 2 de marzo de 2004, lo cual haría a costa de la irresponsable destrucción, de un sólo plumazo, de uno de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional formal venezolano, como lo es el de la formación del derecho por grados partiendo de la Constitución, conforme al llamado principio de la “Pirámide de Kelsen”.

La falaz argumentación construida por la Sala Constitucional para perpetrar este atentado contra el orden constitucional fue la siguiente: que el Consejo Nacional Electoral, al normar lo relativo a los referendos revocatorios (ya que no se había dictado aún una ley específica sobre referendos), estaría “actuando en ejecución directa e inmediata del artículo 72 de la vigente Constitución” como consecuencia

333 Exp. n° AA50-T-2003-002900.

334 La Sala Constitucional en un inusitado “Comunicado” difundido el 16-04-2004 “frente al uso político del derecho, ante la pretendida judicialización de la política, y ante las falsas, temerarias y tendenciosas declaraciones en los diversos medios de comunicación social” del Magistrado de la propia Sala Pedro Rondón Haaz, señalaría que el proyecto de sentencia n° 566 de 12-04-2004 habría sido aprobado el 31-04-2004. Esto fue nuevamente señalado en el texto de la sentencia n° 628 de 23-04-2004 mediante la cual se declararon improcedentes las aclaratorias a la sentencia n° 566 de 12-04-2004.

“del fallo del 25 de agosto de 2003 de la Sala Constitucional que designó el Poder Electoral”, por lo que el conocimiento de la nulidad de tal tipo de actos, correspondía entonces a la Sala Constitucional, siendo por tanto incompetente *per se* para ello, la Sala Electoral.

Tal fundamentación, sin duda, no era más que una construcción jurídica elaborada con el único objetivo de concluir el secuestro de la Sala Electoral, pues una Resolución del Consejo Nacional Electoral y un Instructivo para un Comité Técnico, dictado por un órgano subalterno de dicho Cuerpo, jamás podrían llegar a considerarse como actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, de “rango legal”. Dichos actos, en todo caso, eran actos de rango sublegal, es decir, actos administrativos dictados en ejecución de normas de rango legal como la Ley Orgánica del Poder Electoral e, incluso, en ejecución de las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular dictadas por el propio Consejo Nacional Electoral conforme a la autorización constitucional que tiene. El carácter sublegal de dichos actos administrativos impugnados resultaba, incluso, de la propia “base legal” plasmada en sus textos.

Para llegar a la absurda mutación de unos actos administrativos de rango sublegal dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación, e indirecta y mediata de la Constitución, en actos estatales de rango legal supuestamente dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, la Sala Constitucional en la anunciada “sentencia”³³⁵, que luego resultó no existir o ser sólo el proyecto de la sentencia N° 566 de 12 de abril de 2004, fundamentó su competencia como Jurisdicción Constitucional para poder avocarse al conocimiento de la causa en lo siguiente:

4) Que la Sala Constitucional, conforme a sentencia de 20 de diciembre de 2001 (caso: *Javier Elechiguerra*), ratificó su *competencia para conocer de los recursos que se interpongan contra las leyes o actos de los poderes públicos que se dicten en ejecución directa de la Constitución*.

5) Que el Poder Electoral al normar lo relativo a los referendos revocatorios, los cuales carecen de una ley que los regule, *está actuando en ejecución directa e inmediata del artículo 72 de la vigente Constitución*.

6) Que tal potestad del Poder Electoral *es producto del fallo del 25 de agosto de 2003 de la Sala Constitucional que designó el Poder Electoral...*

8) Que a pesar que las Salas se encuentran en igual plano jerárquico dentro del Tribunal Supremo de Justicia, dada la potestad de la Sala Constitucional, conforme lo prevén el artículo 266.1 Constitucional y el Título VIII sobre la protección a la Constitución, para garantizar

335 Así se anunció en la página web del Tribunal Supremo de Justicia, el 01-04-04. El Magistrado Rondón Haaz de la Sala Constitucional en su Voto Salvado a la sentencia n° 566 de 12-04-2004 diría que “La nota de prensa que apareció en el sitio web del Tribunal el 31 de marzo de 2004 es violatoria del artículo 59 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y, por tanto, es inaceptable... la nota de prensa en cuestión informó sobre el contenido de la sentencia, antes de su publicación y, por tanto, de su existencia misma como actuación judicial, en evidente esguince evasivo del cumplimiento de la norma que se precitó”. Dicho Voto Salvado, aun cuando no fue publicado junto con la sentencia, se incorporó al Voto Salvado presentado por el mismo Magistrado a la sentencia n° 628 de 23-04-2004 que declaró improcedentes las aclaratorias respecto de la sentencia n° 566. La sentencia, con el n° 566, en todo caso, sólo sería publicada el día 12-04-04, coincidentalmente el mismo día en el cual la Sala Electoral, mediante sentencia n° 37, decidiría el recurso de nulidad intentado contra de los actos del Consejo Nacional Electoral referidos a las llamadas solicitudes (del referendo revocatorio presidencial) con caligrafía similar, declarándolo con lugar, juicio cuyo conocimiento pretendía avocarse la Sala Constitucional.

la supremacía constitucional, ella tiene *la competencia sobre las nulidades de los actos del Poder Electoral, a los cuales se les atribuye violación directa de normas constitucionales...*

11) Que en vista de no haber enviado la Sala Electoral a la Constitucional, los expedientes que se le solicitaron según oficio n° 04-0570, y constarle que dicha Sala Electoral conocía de *causas para las cuales carecía de competencia*, la Sala Constitucional decidió avocarse a conocer dichas causas, aunado a que constató un desorden procesal proveniente de que la Sala Electoral Accidental resolvió una solicitud de amparo cautelar en uno de los procesos de nulidad incoado contra los actos del Poder Electoral, sin haber admitido el juicio de nulidad; y donde sentenció el fondo de la acción de nulidad dentro de una medida cautelar, desnaturalizando dicha medida, lo que originó el fallo n° 442 del 23 de marzo de 2004 de esta Sala que anuló lo decidido en dicho amparo, y el cual se dictó en el juicio de revisión incoado por el ciudadano Ismael García, en su carácter de Diputado de la Asamblea Nacional por el estado Aragua y Coordinador Nacional de la agrupación de ciudadanos Comando Nacional de Campaña Ayacucho, de la sentencia n° 24 dictada, el 15 de marzo de 2004, por la Sala Electoral Accidental de este Tribunal Supremo de Justicia.

Con la “anunciada” anulación de la sentencia cautelar N° 24 del 15 de marzo de 2004 de la Sala Electoral y con el “anunciado” avocamiento de la causa, supuestamente decidido por la Sala Constitucional, habría quedado consolidado, por tanto, el secuestro de la Sala Electoral al pretenderse imposibilitarla para decidir en cualquier caso vinculado a los referendos revocatorios, quedando confiscado el derecho ciudadano a la participación política; y todo ello, mediante decisiones que luego se constató no existían, de la Sala Constitucional la cual, al contrario, tenía por misión asegurar el funcionamiento de los órganos del Poder Público y el ejercicio de los derechos ciudadanos.

Como se dijo, la sentencia de avocamiento que había sido anunciada públicamente por la Sala Constitucional el 31 de marzo de 2004, resultó que no existía o que sólo era un proyecto de una decisión que se adoptaría el 12 de abril de 2004 cuando la Sala publicó la sentencia n° 566, sin el Voto Salvado de un de sus Magistrados, avocándose al conocimiento de la causa³³⁶. El avocamiento entre Salas del Tribunal Supremo evidentemente que no es precedente, pues ninguna Sala es superior a las otras. Por tanto, sólo violando la Constitución podía la Sala Constitucional avocarse al conocimiento de una causa cursante ante otra Sala del Tribunal Supremo, como lo hizo en la sentencia n° 566³³⁷, en la cual, además, indicó que ello supuestamente ya tenía como precedente una decisión de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia respecto de una causa que cursaba ante la Sala de Casación Civil en 1999³³⁸, lo cual era completamente falso.

336 El Magistrado Rondón Haaz de la Sala Constitucional, calificaría la sentencia de nula, por haber sido publicada sin su voto salvado, para cuya consignación disponía de cinco días. *V. Globovisión.com*, Caracas 15-04-2004.

337 El Magistrado Rondón Haaz, en su Voto Salvado a la sentencia, en efecto señaló con razón que: “Determina así, la Ley, que, para la procedencia del avocamiento, debe ser otro Tribunal en donde curse el expediente que será solicitado, lo cual excluye, como es evidente, a las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia; y no podría ser de otra forma, tanto por la igualdad de jerarquía entre las Salas como por el caos que supondría, para el proceso y los justiciables, que unas Salas pudiesen avocar las causas de las otras”. *V. el texto del Voto Salvado*, en el Voto salvado que presentó a la sentencia n° 628 de 23-04-2004.

338 El Magistrado Rondón Haaz, en su Voto Salvado a la sentencia, calificó de “mendaz la declaratoria de la mayoría sentenciadora”, calificándola como una “violación al Código de Ética del Abogado en que incurrieron los Magistrados que suscribieron la sentencia”, pues la Sala Político Administrativa nunca había decidido

En esta sentencia n° 566, la Sala Constitucional de nuevo justificó su competencia para avocarse en el supuesto carácter de actos de ejecución directa de la Constitución de los dictados por el Consejo Nacional Electoral, y que eran objeto del juicio de nulidad ante la Sala Electoral. La Sala Constitucional para ello, señaló que su propia doctrina sobre su competencia para avocarse del conocimiento de causas (sentencia n° 806 del 24 de abril de 2002, Caso: *Sintracemento*), merecía “ser ajustada a la realidad jurídico-procesal, por cuanto para avocarse al conocimiento de un asunto *se requiere del poder de decisión sobre el fondo o mérito de la causa, y ello porque justamente con el avocamiento se deroga la competencia del juez que conoce, basada en causas que lo justifiquen, siempre que el avocante sea también competente*”.

En consecuencia, para justificar lo injustificable, es decir, la derogación de la competencia de la Sala Electoral como juez natural de la Jurisdicción Contencioso Electoral, se refirió a su competencia para conocer de los recursos de inconstitucionalidad que se interpongan contra leyes o actos de los poderes públicos “que se dicten en ejecución directa de la Constitución o que tengan rango de ley”, reiterando el criterio establecido en sentencia n° 2748 del 20 de diciembre de 2001 (Caso: *Fiscal General de la República (Javier Elechiguerra Naranjo)*), en la cual ya se había confundido el criterio para la calificación de dichos actos dictados en ejecución directa de la Constitución. En efecto, en la sentencia n° 566 de 12 de abril de 2004, la Sala citó parcialmente la referida sentencia n° 2748 de 20 de diciembre de 2004, copiando el siguiente extracto donde señaló que el criterio se basaba en:

[...] la forma de cómo un determinado acto jurídico se articula con las normas constitucionales, es decir, si su ejecución obedece en primer término a una disposición legal que regula su práctica o si deriva directamente de una norma constitucional que no requiere de ley alguna que regule el ejercicio del derecho o de la atribución que fundamenta el acto. Es un hecho bastante generalizado que los derechos fundamentales y la normativa que se refiere a la creación de órganos de los poderes públicos y su habilitación, en la mayoría de las constituciones vigentes en distintos países, son considerados de aplicación inmediata y directa”.

La Sala Constitucional, en dicha sentencia N° 2748, con anterioridad al párrafo citado, había señalado que el hecho de que algunos actos estatales sean dictados *en ejecución directa de normas constitucionales*:

[...] significa que la competencia para ejecutar dichos actos esté de tal manera, clara e indubitable, atribuida por la Constitución al órgano ejecutante que no requiera de una ley habilitante que regule su ejercicio y que, la misma Constitución no lo reserve (su ejercicio) a la creación de una ley por el Poder Legislativo³³⁹.

En realidad, en dicha sentencia la Sala, en efecto, confundió dos principios constitucionales: una cosa es el principio de la aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales que en materia de derechos fundamentales o de competencia de los órganos del Poder Público no requieren (pero no excluyen) la existencia previa

avocarse al conocimiento de causa alguna que cursaba ante la Sala de Casación Civil, habiéndose limitado en decisión de 11-11-1999 a solicitarle a la Sala de Casación Civil un expediente sólo para estudiar una solicitud de avocamiento que había formulado el Procurador General de la República en unos juicios (Caso *Capriles*), solicitud que luego fue desistida por el Procurador.

339 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 389-390.

de leyes para ser aplicadas (este es el criterio desarrollado en la sentencia); y otra cosa, es el rango que tiene los diversos actos del Poder Público en el ordenamiento jurídico en relación con la Constitución, en el sentido de que algunos son dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (rango legal) no siendo posible su regulación por ley y otros lo son en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución (rango sub legal).

En efecto, en su sentencia, para impropriamente atribuirse una competencia que no tiene, la Sala Constitucional confundió la noción de actos estatales de ejecución directa e inmediata de la Constitución, con las normas constitucionales de aplicación directa e inmediata. Se insiste, los primeros, los actos de “ejecución directa e inmediata de la Constitución” no sólo no requieren de ley alguna que los regule, sino que constitucionalmente no podría dictarse ley alguna que se interponga entre la norma constitucional y el acto estatal³⁴⁰. Por ello es que se dice que son actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, de rango legal conforme a la teoría de la formación escalonada del orden jurídico, que están sometidos al control de constitucionalidad por parte de la Sala Constitucional (Jurisdicción constitucional), ya que no son actos en cuya emisión el órgano respectivo pueda estar condicionado por la ley alguna. Otra cosa son las normas constitucionales de “aplicación directa e inmediata” de la Constitución, que no requieren de ley alguna para su aplicación, pero que no excluyen su necesaria sanción. Los actos que se dicten para ejecutar estas normas son actos administrativos que por ser de rango sub legal están sometidos no sólo a la Constitución sino a la ley, y por eso es que su control corresponde a la Jurisdicción contencioso administrativa a la Jurisdicción contencioso electoral, en su caso.

La Sala Constitucional, muy interesadamente, confundió dichas nociones, pretendiendo aplicar su competencia de control de constitucionalidad respecto de actos administrativos como los dictados por el Consejo Nacional Electoral, basándose en el argumento circunstancial de que “no se ha dictado una ley para regular ninguna de las modalidades “referendarias”, (ignorando de paso, por ejemplo, a la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política), llegando entonces a la absurda conclusión -que el Magistrado Rondón Haaz en su Voto Salvado calificó como un “dislate”- de que los actos dictados a tales efectos por el Consejo Nacional Electoral serían:

[A]ctos en ejecución directa e inmediata de la Constitución, fundados en el artículo 72 y en la Disposición Transitoria Octava de la Carta Magna. La invocatoria de la Ley Orgánica del Poder Electoral y el mismo artículo 293 constitucional es a los solos efectos de fundamentar la competencia, pero no hay texto legal pre o post-constitucional que regule los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular.

La Sala Constitucional, luego de “justificar” de esa manera su supuesta competencia para conocer de la nulidad de los actos mencionados del Consejo Nacional Electoral, y de analizar las vicisitudes del caso en el cual la Sala Electoral ratificó su

340 En materia electoral, con razón, el Magistrado Rondón Haaz en su Voto Salvado a la sentencia señaló: “No cabe duda, según el tenor de las normas en cuestión, que la materia electoral debe ser regulada por ley -y no podría ser de otra forma, puesto que atañe al ejercicio de derechos constitucionales como a la participación y al sufragio-, de modo que no se trata de un materia que no requiera de ley alguna que regule el ejercicio del derecho o de la atribución que fundamenta el acto; todo lo contrario”.

competencia en la materia, decidió avocarse al conocimiento de las causas, con el siguiente argumento:

Esta Sala atendiendo a la razonabilidad y ponderación de los hechos suscitados con ocasión de las causas sobre las cuales se ha formulado la presente solicitud, y en aras de preservar la correcta administración de justicia, que conlleva al desarrollo de un proceso donde se garantice la aplicación de los principios y garantías constitucionales, visto que se ha producido al menos en un proceso un desorden procesal en la Sala Electoral que atenta contra el Estado de Derecho y la transparencia de la justicia, juzga pertinente avocarse al conocimiento de las causas señaladas por el solicitante, las cuales resolverá con carácter definitivo. Así se decide.

La consecuencia del avocamiento fue la orden a la Sala Electoral de remitirle de inmediato los expedientes respectivos “así como todos los expedientes contentivos de las acciones de nulidad, amparo o cualquier otro recurso incoado contra los actos del Poder Electoral, relativos a los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular”. Además, declaró nula cualquier decisión que en dichos expedientes se hubiera podido haber tomado por la Sala Electoral “a partir de la fecha de recepción de la orden de remisión de los expedientes, comunicada según oficio n° 04-0570 de esta Sala. Además, de lo ya anulado según sentencia de esta Sala n° 442 del 23 de marzo de 2004”. Concluyó la Sala informándole al Consejo Nacional Electoral “que sólo debe acatar las decisiones de esta Sala Constitucional en la materia de que se trata este fallo”, declarando que “la doctrina contenida en el presente fallo tiene carácter vinculante”.

Sobre esto último, por supuesto, salvo para tratar de imponer “a la fuerza” lo resuelto en la sentencia, no se entiende cual es la doctrina vinculante que establece, pues la Sala no “interpretó” en su sentencia norma o principio constitucional alguno, respecto de la cual se pueda identificar su carácter vinculante³⁴¹.

En definitiva, la sentencia n° 566 de la Sala Constitucional, al subvertir principios fundamentales del ordenamiento constitucional como el de la formación del derecho por grado; al subvertir el orden procesal al pretender despojar a la Jurisdicción electoral de sus competencias, pretendiendo convertir a la Sala Electoral en un órgano judicial subordinado, creó un desorden procesal inaceptable y, como lo destacó el Voto Salvado del Magistrado Rondón Haaz, las “evidentes contradicciones de dicho fallo y las groseras incongruencias del mismo con los criterios conformantes de la jurisprudencia de la Sala, la divorcian y distancian abismalmente del propósito de uniformidad en la interpretación y aplicación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que preceptúa el artículo 335 *eiusdem*”.

341 Como lo advirtió el Magistrado Rondón Haaz en su Voto Salvado: “El fallo del que se difiere solucionó -en forma por demás desacertada- un caso concreto y analizó la potestad de avocamiento que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia otorga al Tribunal Supremo de Justicia, pero no interpretó el contenido o alcance de norma, principio o valor alguno de rango constitucional, de modo que sus razonamientos para la resolución del caso de autos no gozan del carácter vinculante a que se refiere el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuya finalidad, como revela el título y capítulo de la Constitución en donde se inserta la norma, es la protección y garantía de la Carta Magna”.

D. El nuevo secuestro de la Sala Electoral con ocasión de la decisión definitiva anulando los actos del Consejo Nacional Electoral.

Ahora bien, el mismo día en el cual la Sala Constitucional publicaba la sentencia n° 566 de 12 de abril de 2004, avocándose al conocimiento de la causa en el juicio de nulidad que había sido intentado por Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina y Gerardo Blyde contra el “Instructivo sobre el tratamiento por el Comité Técnico Superior de las firmas de caligrafía similar o renglones de planillas llenadas por la misma persona” del 24 de febrero de 2004 y, la Resolución N° 040302-131 del 2 de marzo de 2004 del Consejo Nacional Electoral, la Sala Electoral del Tribunal Supremo había dictado otra sentencia, la n° 37 de 12 de abril de 2004 en la cual, no sólo anuló dichos actos administrativos, sino que planteó “ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42, numeral 21 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el conflicto de competencia entre esta Sala Electoral Accidental y la Sala Constitucional Accidental”.

En virtud de ello, la Sala Electoral ordenó al Consejo Nacional Electoral, *primero*, validar las firmas colocadas “bajo observación” relacionadas en el literal “h” del Primer Resuelve de la Resolución anulada, y que alcanzaba el número de 876.017, “dentro del lapso de cinco (5) días continuos siguientes a la notificación de la presente decisión”; *segundo*, aplicar a tales solicitudes el procedimiento de reparo conforme a lo establecido en el segundo aparte del artículo 31 de las Normas para regular los procesos de Referendos Revocatorios de mandatos de cargos de elección popular, “a los fines de que los ciudadanos que manifiesten no haber firmado soliciten su exclusión, dentro del lapso de cinco (5) días continuos siguientes a la notificación de la presente decisión”; *tercero*, incluir en el proceso de reparo a ser convocado, a los electores firmantes contenidos en las 39.060 planillas que habían sido invalidadas por dicho órgano electoral, con fundamento en lo establecido en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 4 de las Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de Recolección de Firmas para los Procesos de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular, conforme lo dispone el primer aparte del artículo 31 de las Normas para regular los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular, “dentro del lapso de cinco (5) días continuos siguientes a la notificación de la presente decisión”; *cuarto*, procediera a efectuar el procedimiento de reparo en el lapso establecido en el artículo 31 de las citadas Normas “y luego de realizado éste procedimiento, y de existir al menos el veinte por ciento (20%) de solicitudes válidas, proceda a convocar el referéndum revocatorio a que se refiere el presente fallo, en el lapso establecido en el artículo 33 de dichas Normas”.

Finalmente, tal como se mencionó, la Sala Electoral, en virtud de la decisión que había anunciado la Sala Constitucional el 31 de marzo de 2004, planteó “ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42, numeral 21 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el conflicto de competencia entre esta Sala Electoral Accidental y la Sala Constitucional Accidental”. Como hemos dicho, esa norma atribuye competencias a las Salas de Casación Civil y Penal para dirimir conflictos entre tribunales de sus jurisdicciones, pero no a la Sala Plena.

La sentencia n° 37 de la Sala Electoral, como se dijo, se publicó a las 9:45 a.m. del día 12 de abril de 2004. Ese mismo día, como se ha analizado anteriormente, la Sala Constitucional mediante sentencia n° 566 (publicada irregularmente sin el Voto Salvado del Magistrado Rondón Haaz)³⁴² resolvería avocarse al conocimiento de la causa.

Pero cabía preguntarse: ¿Cuál causa? ¿Una donde ya existía sentencia definitivamente firme como la antes comentada de la Sala Electoral? La Sala Constitucional, por ello, también decidiría en su sentencia de avocamiento, que “Se declara **NULA** cualquier decisión que en dichos expedientes se haya tomado por la Sala Electoral Accidental o Principal, a partir de la fecha de recepción de la orden de remisión de los expedientes, comunicada según oficio n° 04-0570 de esta Sala”. La Sala Constitucional, además, en su sentencia de avocamiento reiteraría “lo ya anulado según sentencia de esta Sala n° 442 del 23 de marzo de 2004”, es decir, la nulidad de la sentencia de la Sala Electoral dictada al decidir la medida cautelar de amparo en la misma causa; decisión que, por lo demás, se podía considerar que había cesado en sus efectos ese mismo día, al haber la Sala Electoral dictado la sentencia definitiva en la causa.

Lo cierto, en todo caso, es que para el día 15 de abril de 2004, ya se anunciaba en la prensa que la Sala Constitucional anularía la sentencia definitiva de la Sala Electoral³⁴³ con motivo de decidir sobre las solicitudes de “aclaratoria” de la sentencia n° 566 de 12 de abril de 2004, que habían sido formuladas por el Consejo Nacional Electoral y el denominado Comando Ayacucho. El viernes 16 de abril de 2004, desde la Secretaría de la Sala Constitucional se informaría a la prensa que “la invalidación había sido acordada” y uno de los conjucees “había confirmado el anuncio a los representantes de los medios de comunicación”³⁴⁴; pero el martes 20, unos diputados de la oposición solicitarían a la Sala Electoral procediera a la ejecución forzosa de su sentencia³⁴⁵.

342 V. el reportaje de Juan Francisco Alonso en *El Universal*, Caracas 15-04-2004.

343 En el reportaje de Juan Francisco Alonso, se indicaba que “La invalidación se producirá bajo el argumento de que la instancia que interpreta la Carta Magna es la única competente para conocer los casos relacionados con los referendos, debido a la ausencia de un instrumento legal que los regule y que los magistrados Alberto Martini, Rafael Hernández y Orlando Gravina (suplente de Luis Martínez) desacataron a la Constitucional cuando se pronunciaron sobre la validez de las llamadas rúbricas asistidas, aun cuando se lo habían prohibido”, *El Universal*, Caracas 15-04-2004.

344 Sin embargo, como lo reseñó el periodista Juan Francisco Alonso: “Pero a las 2:30 p.m. De La Hoz corrigió la versión: “Cuenta con la aprobación de cuatro magistrados, pero no ha sido aprobada”. Aseguró que todo se debió “a una confusión” y ofreció disculpas a los periodistas... Por su parte, el conjuce Vadell afirmó que el fallo había contado con su respaldo y con el de los magistrados Rincón y Cabrera. Del mismo modo aseguró que el magistrado Pedro Rondón Haaz había participado en la reunión y que había salvado su voto”. V. en *El Universal*, Caracas 17-04-2004.

345 El Diputado Gerardo Blyde informaría que: “una vez vencido el plazo de cinco días -que la propia decisión establecía como lapso para cumplir con el dictamen-, el TSJ debe emplazar al ente comicial a decir cuáles han sido sus gestiones para acatar la medida. “Una vez que sea recibido el informe o si no es recibido en el CNE, entonces solicitaremos la ejecución forzosa y los siguientes pasos que, en este proceso de ejecución de sentencia, vamos a continuar ante la Sala Electoral”, dijo el dirigente de la tolda amarilla. El diputado también solicitó formalmente ante la Sala Constitucional que -hasta no decidirse el conflicto de competencias planteado ante la Sala Plena- se abstenga de producir nuevas decisiones respecto al avocamiento del caso de las firmas. Tras una visita a la secretaria de la Sala Plena, Blyde pudo confirmar que el caso del conflicto de competencias

La Sala Constitucional el 23 de abril de 2004, pondría fin a todo este complejo proceso de secuestro de la Sala Electoral, al dictar la sentencia n° 628 con ocasión de decidir las solicitudes de aclaratoria que se le habían formulado respecto de la sentencia n° 566 de 12 de abril de 2004 mediante la cual se había avocado al conocimiento de la causa. La Sala Constitucional, al declarar improcedente las aclaratorias solicitadas (porque no existían dudas acerca de la actuación irregular de la Sala Electoral); sin embargo, le negó sus competencias a la Sala Electoral, declaró nulas de nulidad absoluta sus decisiones, negó, además, de antemano, las posibles competencias de la Sala Plena del mismo Tribunal Supremo; y decidió que la Sala Constitucional tenía competencia exclusiva para resolver “*la materia referendaria atiene a una Ley especial que no se ha dictado, motivo por el cual lo que a ella se refiere es ejecución directa del artículo 72 constitucional*”. Después de haber “decidido” sobre todas las cuestiones antes indicadas, sin embargo, la Sala Constitucional concluyó señalando que no tenía nada que aclarar, ya que supuestamente no existían puntos dudosos u oscuros en la sentencia n° 566 del 12 de abril de 2004, razón por la cual declaró improcedentes las aclaratorias solicitadas.

En esta forma, la Sala Constitucional, con la excusa de declarar improcedentes las aclaratorias que se le solicitaron respecto de la sentencia n° 566 de 12 de abril de 2004, no sólo cambió la fecha de dicha sentencia al señalar que no era del 12 de abril de 2004 sino del “31 de marzo de 2004 y publicada el 12 de abril de 2004”, sino que decidió sobre una materia que no se le había solicitado declarando que la sentencia de la Sala Electoral n° 38 de esa misma fecha de 12 de abril de 2004, era una “sentencia nula de nulidad absoluta”; y además, de paso, habría sentado el criterio de que las sentencias de la Sala Plena también serían revisables por la Sala Constitucional si se apartaban de sus “interpretaciones vinculantes”, lo cual sería un disparate, pues los Magistrados de la Sala Constitucional son también miembros de la Sala Plena.

El Magistrado Rondón Haaz salvó su voto en relación con dicha decisión, en cuyo texto materialmente transcribió su Voto Salvado a la sentencia N° 566 de la Sala Constitucional, antes se ha comentado y que no había sido publicado con la misma, agregando sin embargo, que:

Por otra parte, no consta que la sentencia n° 566, que, en todo caso, es la que pudo sustraer a la Sala Electoral el conocimiento de la causa, haya sido notificada a dicha Sala antes de que dictara la sentencia n° 37. Si, como lo apuntó la Sala Constitucional en la decisión N° 566 (*Consideraciones para decidir*, punto 3.-), la remisión del expediente no era necesaria para la decisión sobre el avocamiento, ningún sentido tenía ordenar la paralización de una causa (mediante decisión inexistente por carecer de las firmas de dos Magistrados, como se razonará *infra*), cuyo conocimiento no había asumido todavía la Sala Constitucional.

Además, el Magistrado disidente advirtió con razón, que la “sentencia aclaratoria, a pesar de que declara la improcedencia de las solicitudes de aclaración, innovó respecto del fallo a que se refiere, en violación del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil”, señalando entre otros aspectos, lo siguiente:

Es incomprensible que se desestimen las solicitudes de “aclaratorias” que fueron examinadas, y, a la vez, la Sala Constitucional declare la nulidad de la sentencia n° 37 de la Sala

está siendo enviado del Juzgado de Sustanciación a la cuenta de la Sala para nombrar ponentes, de modo que ya se estaría aproximando una decisión al respecto”. V. en *El Universal.com*, Caracas, 20-04-2004.

Electoral, que fue pronunciada después del fallo n° 566 de aquella, a pesar de que la nulidad “declarada” se refirió, con absoluta indeterminación, a cualquier decisión que “*se haya tomado por la Sala Electoral Accidental...*”, es decir, incluso las que ya habían sido pronunciadas el 12 de abril de 2004, cuando se dictó el pronunciamiento n° 566. Ni siquiera mediante una solicitud de ampliación era procedente la nulidad de la sentencia n° 37 de la Sala Electoral, porque no formó parte del *thema decidendum* respecto de la petición de avocamiento y, por ende, del dispositivo del fallo n° 566 de la Sala Constitucional.

En esta forma, la posibilidad de realización del referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, conforme a las solicitudes que se habían formulado ante el Consejo Nacional Electoral, quedaba sometida a lo que había resuelto mediante Resolución n° 040302-131 del Consejo Nacional Electoral de 2 de marzo de 2004, antes comentada, complementada con las *Normas que tienen por objeto regular la fase de reparo* aprobadas el 20 de abril de 2004, que también hemos comentado.

Con ello, el referido procedimiento de “reparo” se había convertido en un “tercer firmazo” con menos posibilidades y con menos días, sometiéndose a los ciudadanos a intensas presiones políticas y gubernamentales, pues en definitiva, lo que constitucionalmente era el simple ejercicio de un derecho ciudadano de peticionar, a los ojos y oídos del poder político y del Gobierno se había convertido en una afrenta contra el Presidente de la República y contra todos los órganos del Estado, dispuestos a vengarla contra más de tres millones de venezolanos, que quedaban marginados de toda posible relación con el Estado, incluso para el ejercicio de sus más elementales derechos. El procedimiento de reparo de las firmas, sin embargo, se realizó y el Consejo Nacional Electoral no tuvo otra salida que convocar el referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República que se realizó el 15 de agosto de 2004.

De todo este proceso de conflicto judicial, lo que había quedado claro durante los años de vigencia de la Constitución, había sido su constante violación, el desdibujamiento de la *penta división* del Poder Público, y cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en lugar de ser garante último de la supremacía de la Constitución había sido el instrumento para el secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y para la confiscación del derecho ciudadano a la participación política.

IV. LA INTERVENCIÓN LEGISLATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

1. El establecimiento de bases legales para el control político del Tribunal Supremo de Justicia

En mayo de 2004, la Asamblea Nacional sancionó la muy esperada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia³⁴⁶, con un texto mal estructurado y peor sistematizado, uno de cuyos objetivos era aumentar el número de los Magistrados de las Salas del Tribunal Supremo. En efecto, la Ley dispuso que la Sala Constitucional estaría integrada por 7 Magistrados y las Salas Político-Administrativa, de Casación Civil, de Casación Penal, de Casación Social y Electoral por 5 Magistrados cada una de ellas (Art. 2, párrafo 2º), elevándose así el número de Magistrados de 20 a 32. En esta forma, el gobierno, que controlaba la Asamblea a través del partido de gobierno cuyos directivos eran el propio Presidente de la República y sus Ministros, nombrando por simple mayoría a los Magistrados, podía controlar totalmente al Tribunal Supremo de Justicia³⁴⁷.

Como consecuencia de este aumento de los Magistrados del Tribunal Supremo, la Asamblea Nacional de inmediato inició el proceso para su selección de candidatos a Magistrados, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica, que en materia de conformación del Comité de Postulaciones Judiciales, violaba abiertamente la Constitución y el derecho político a la participación en el mismo.

2. La nueva burla al derecho a la participación política con la configuración del Comité de Postulaciones Judiciales

En efecto, conforme a la Ley Orgánica, el Comité de Postulaciones Judiciales es un órgano asesor del Poder Judicial para la selección de los candidatos a Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia; e igualmente debe asesorar a los Colegios Electorales Judiciales para la elección de los jueces o juezas de la jurisdicción disciplinaria (Artículo 13, párrafo 1º). Este Comité de Postulaciones Judiciales, conforme al artículo 13, párrafo 2º de la Ley, debe ser designado por un período de 2 años, por mayoría simple de la Asamblea Nacional, “como máximo órgano representativo de la sociedad venezolana”.

Sin embargo, en lugar de estar integrado sólo y exclusivamente “por representantes de los diversos sectores de la sociedad” como lo exige la Constitución (Art. 270), la Ley Orgánica dispuso que esta integrado por “once (11) miembros principales, con sus respectivos suplentes, cinco (5) de lo cuales serán elegidos del seno del órgano legislativo nacional, y los otros seis (6) miembros, de los demás sectores de

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

347 Por ello, el Presidente de la República declaró: “Tan pronto llegue a las puertas de Miraflores, la firmaré para que se activen los mecanismos previstos para revisar uno a uno los requisitos para ser magistrados...A ver si los cumplen”. En *El Nacional*, Caracas, 17-05-2004, p. A-6

la sociedad, los cuales se elegirán en un procedimiento público” (Art. 13, párrafo 2°). Los diputados a la Asamblea Nacional, sin embargo, por esencia, no pueden considerarse representantes de la sociedad civil, por lo que la Ley incurrió en una violación de la Constitución al constituir en realidad, una Comisión Parlamentaria ampliada.

La Asamblea Nacional debe designar a uno de los integrantes del Comité de Postulaciones Judiciales, como Presidente de dicho órgano (Art. 13, párrafo 2°), a quien corresponde convocar a las reuniones ordinarias y extraordinarias del Comité; así como elaborar la agenda que debe presentar a la consideración del Comité en la reunión correspondiente (Art. 13, párrafo 3°).

Conforme al artículo 14, párrafo 4°, el Comité de Postulaciones Judiciales debe funcionar por el tiempo establecido en el artículo 13 de la Ley, siendo su sede la Asamblea Nacional. Sus gastos, de acuerdo con la misma norma, corren a cargo de la propia Asamblea, lo que confirma el carácter parlamentario de la “Comisión”. Los integrantes del Comité de Postulaciones Judiciales, sin embargo, dispone la Ley, que no deben percibir remuneración alguna por el ejercicio de sus funciones, “salvo la dieta que se pagará para cubrir sus gastos a los representantes de la sociedad, provenientes de provincia que los integren”. El Comité de Postulaciones Judiciales debe dictar su Reglamento Interno de organización y funcionamiento.

El Comité de Postulaciones Judiciales tiene como función esencial, el seleccionar “mediante un proceso público y transparente, y atendiendo los requisitos exigidos constitucionalmente” a los candidatos a Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia que deban ser presentados al Poder Ciudadano para la segunda preselección, en los términos establecidos en el artículo 264 de la Constitución. El artículo 13, párrafo 4, limita indebidamente la facultad constitucional del Poder Ciudadano al establecer que éste “deberá, en lo posible, y salvo causa grave, respetar la selección que provenga del Comité de Postulaciones Judiciales”.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 13, párrafo 5° de la ley, los miembros del Comité de Postulaciones Judiciales deben ser ciudadanos venezolanos, de reconocida honorabilidad y prestigio en el ejercicio de las funciones o profesión que ejerzan o les haya correspondido ejercer. Además, deben ser mayores de 35 años y no haber sido sometidos a ningún tipo de sanción administrativa, disciplinaria o penal.

El Comité de Postulaciones Judiciales se debe instalar al día siguiente de la última designación de sus miembros, y escogerá de su seno un Vicepresidente, y fuera de él, un Secretario. Para sus deliberaciones requiere la presencia de la mayoría absoluta de sus integrantes, tomando sus decisiones con el voto favorable de la mayoría de los presentes (Art. 13, párrafo 6°).

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

De acuerdo con el artículo 265 de la Constitución, los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia pueden ser removidos por la Asamblea Nacional mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado, en caso de faltas graves ya calificadas por el Poder Ciudadano, en los términos que la ley establezca. Esta, sin duda, es una ingerencia no

conveniente ni aceptable de la instancia política del Poder en relación con la Administración de Justicia, pero así quedó plasmada en la Constitución, limitando indebidamente la independencia del Poder Judicial.

El artículo 23 párrafo 3° de la Ley Orgánica, también establece que los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia pueden ser sancionados o removidos de sus cargos, en casos de faltas graves, por la Asamblea Nacional, previa la solicitud y calificación de las faltas que realizare el Poder Ciudadano. En caso de remoción, la misma debe ser acordada por aprobación de una mayoría calificada de las 2/3 partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, previa audiencia del Magistrado. Conforme a la Ley Orgánica, a partir del momento en que el Poder Ciudadano califique la falta como grave y solicite la remoción por unanimidad, el Magistrado queda suspendido del cargo, hasta la decisión definitiva de la Asamblea Nacional.

Ahora bien, el artículo 12, párrafo 1° de la ley Orgánica desarrolla el contenido del artículo 265 de la Constitución, indicando que los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia pueden ser removidos de sus cargos en los términos establecidos en dicho artículo 265 constitucional, a cuyo efecto ha establecido como “causa grave” para ello, las siguientes:

1. Las establecidas en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano.
2. Por manifiesta incapacidad físico-mental permanente, certificada por una junta médica, designada por el Tribunal Supremo de Justicia con la aprobación de la Asamblea Nacional.
3. No ser imparcial o independiente en el ejercicio de sus funciones. Se considerará violación a la debida imparcialidad, la no inhibición cuando sea procedente.
4. Eximirse de ejercer sus funciones, salvo en los casos de inhibición o recusación.
5. Llevar a cabo activismo político partidista, gremial, sindical o de índole semejante.
6. Realizar actividades privadas o incompatibles con su función, por sí o por interpuestas personas.
7. Ejercer simultáneamente otro cargo público, salvo lo previsto para cargos académicos o docentes establecidos en esta Ley.
8. Incurrir en tres (3) inasistencias injustificadas a las reuniones de Sala, en el transcurso de un (1) mes calendario.
9. Por abandono del cargo, declarado por el Tribunal Supremo de Justicia.
10. Por incumplimiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus atribuciones y deberes.
11. Cuando sus actos públicos atenten contra la respetabilidad del Poder Judicial y de los órganos que represente.
12. Cuando cometan hechos graves que constituyendo o no delitos pongan en peligro su credibilidad e imparcialidad comprometiendo la dignidad del cargo.
13. Cuando ejerzan influencia directa en la designación de quienes cumplan funciones públicas.
14. Cuando incurran en abuso o exceso de autoridad.
15. Cuando incurran en grave e inexcusable error, cohecho, prevaricación, dolo o denegación de justicia.
16. Cuando en sus decisiones hagan constar hechos que no sucedieron, o dejen de relacionar los que ocurrieron.
17. Cuando infrinjan algunas de las prohibiciones establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes.

Basta leer esta enumeración, para constatar lo precaria que en definitiva resulta la estabilidad de los magistrados, cuya permanencia en sus funciones queda a la merced de la mayoría calificada de la Asamblea nacional.

En todo caso, conforme a lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 2º de la Ley, una vez calificada la falta y recibidas las actuaciones del Consejo Moral Republicano, el Presidente de la Asamblea Nacional debe convocar, dentro de los 10 días hábiles siguientes, a una sesión plenaria para dar audiencia y escuchar al interesado, debiendo resolver sobre la remoción inmediatamente después de dicha exposición.

La exigencia constitucional de una mayoría parlamentaria de las 2/3 partes de los diputados integrantes (Art. 265), por supuesto, en una situación de extrema polarización política, hacía muy difícil a la Asamblea proceder a remover a los magistrados que pudieran ser incómodos al poder político, por lo que la Asamblea, en un evidente fraude a la Constitución “inventó” otra causal de remoción de los magistrados, que denominó “anulación del nombramiento de los Magistrados”, que se puede adoptar con mayoría simple, en lugar de la mayoría calificada que exige la Constitución.

En efecto, además de la pérdida de la investidura de los Magistrados del Tribunal Supremo como sanción, por la vía de la remoción por faltas graves antes indicada, la Ley Orgánica ha establecido en forma inconstitucional, otra forma de pérdida de la investidura de los Magistrados, que ha regulado, también como sanción, en el artículo 23, así:

La Asamblea Nacional, por mayoría simple, podrá anular el acto administrativo mediante el cual se designa a un Magistrado o Magistrada, principal o suplente, cuando éste hubiere suministrado datos falsos con motivo de su postulación a la fecha de la misma, que impida conocer o tergiversar el cumplimiento de los requisitos exigidos en la presente Ley y en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; o cuando la actitud pública de éstos, atente contra la majestad o prestigio del Tribunal Supremo de Justicia, de cualquiera de sus Salas, de los Magistrados o Magistradas del Poder Judicial; o cuando atente contra el funcionamiento del Tribunal Supremo de Justicia, de alguna de sus Salas o del Poder Judicial. Estos actos administrativos de anulación tienen pleno valor y eficacia, y contra ellos sólo procede el recurso de nulidad.

Esta inconstitucional potestad, fue ejercida en forma inmediata por la Asamblea Nacional el 15 de junio de 2004, al aprobar un informe de una Comisión que investigaba la crisis en el Poder Judicial, en el cual se recomendó a anular el acto del nombramiento del Magistrado Franklin Arrieche, Vicepresidente del Tribunal Supremo, “en razón de haber suministrado falsa información para el momento de la aceptación de su postulación para ser ratificado en ese cargo”³⁴⁸. La Sala Constitucional, en todo caso, convenientemente no extendió la protección constitucional de amparo que había otorgado al Magistrado, con ocasión de una decisión de la Asamblea Nacional contra el magistrado Arrieche el 3 de diciembre de 2002³⁴⁹.

Por último, el artículo 23 párrafo 3º, en su última frase dispone que “asimismo, (el Magistrado) quedará suspendido si el Tribunal Supremo de Justicia declara que hay

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

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

mérito para enjuiciarlo; en tal caso, esta medida es diferente a la sanción de suspensión prevista en la Ley Orgánica del Poder Ciudadano”. Se trata, por tanto, de una nueva causal de remoción de los Magistrados, no prevista constitucionalmente.

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

La jurisdicción disciplinaria judicial conforme lo indica la Constitución, debe estar a cargo de tribunales disciplinarios que deben ser determinados por la ley (art. 267). El régimen disciplinario de los magistrados y jueces debe estar fundamentado en el *Código de Ética* del Juez Venezolano, que debe dictar la Asamblea Nacional. En cuanto al procedimiento disciplinario, debe ser público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley.

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

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

Ahora bien, como se ha dicho, el 2 de agosto de 2000 el Tribunal Supremo de Justicia, actuando en acatamiento de lo ordenado en el artículo 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dictó la “Normativa Sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial”. Con este instrumento, como lo afirmó el Supremo Tribunal en la sentencia N° 40, “satisfizo un expreso mandato constitucional (artículo 267), cumpliéndose además la condición que, como ya se ha advertido, había sido prevista para poner fin a la vigencia del régimen transitorio dictado por el Constituyente”. La propia Sala Plena resumió sus decisiones, así:

El artículo 1 de la Normativa Sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial dispuso la creación de “la Dirección Ejecutiva de la Magistratura como órgano auxiliar del Tribunal Supremo de Justicia, con la finalidad de que ejerza por delegación las funciones de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial”. Es preciso advertir que de acuerdo con esta norma y en armonía con la atribución que le otorga a este Supremo Tribunal el artículo 267 de la Constitución, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura se erige como un órgano que funge como instrumento del Máximo Tribunal de la República en el ejercicio de sus atribuciones relativas a la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, es de-

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

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

Mediante la norma contenida en el artículo 2 de la Normativa Sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial “[s]e crea la Comisión Judicial, como órgano del Tribunal Supremo de Justicia, con la finalidad de que ejerza por delegación las funciones de control y supervisión de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y las demás previstas en esta normativa”. Se trata también en este caso de un órgano carente de atribuciones propias ya que su finalidad específica es ejercer, por delegación las atribuciones constitucionalmente asignadas al Tribunal Supremo de Justicia.

Igualmente el artículo 22 de la misma Normativa establece, a la letra, lo siguiente:

La Inspectoría General de Tribunales es una unidad autónoma dirigida por el Inspector General de Tribunales y adscrita a la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia.

La organización el funcionamiento y el alcance de la autonomía de esta unidad será regulada por la normativa que al efecto apruebe la Sala Plena, a proposición de la Comisión Judicial.

Se inscribe así la Inspectoría General de Tribunales en el marco de la organización prevista, en desarrollo del Texto Constitucional, para el ejercicio de las funciones de este Supremo Tribunal relativas a la inspección y vigilancia de los Tribunales de la República. Se configura así este órgano, como un instrumento que, dotado de cierto grado de autonomía -cuyo alcance no es ilimitado, y debe, por ello, ser precisado por la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia- coadyuva en el ejercicio de tales funciones que son propias del Máximo Tribunal³⁵⁰.

Lamentablemente, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de mayo de 2004 en la Disposición Transitoria Única, párrafo 2, e) prorrogó nuevamente la transitoriedad en materia disciplinaria, así:

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

Caracas, octubre 2004

350 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 159 y ss.

§7. EL CONSTITUCIONALISMO Y LA EMERGENCIA EN VENEZUELA: ENTRE LA EMERGENCIA FORMAL Y LA EMERGENCIA ANORMAL DEL PODER JUDICIAL*

(Córdoba, Argentina, junio 2005)

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

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

La Constitución de 1999, en materia de régimen de emergencia, reguló en forma extensa y precisa a los llamados Estados de Excepción, como mecanismos de protección de la propia Constitución en tiempos de urgencia, quizás por la negativa experiencia política precedente en la materia. Ello ocurrió, en particular en el campo económico, en el cual la restricción de la garantía constitucional de la libertad económica se prolongó por más de 40 años, lo que originó la ampliación irregular de las potestades normativas del Poder Ejecutivo en la materia.³⁵¹ Además, está la experiencia derivada de la emergencia ocurrida en 1989 con ocasión del denominado “Caracazo”, que fue una sublevación social anárquica y generalizada acaecida en febrero de ese año en la ciudad de Caracas, y que con motivo de la suspensión de diversas garantías de derechos fundamentales originó todo tipo de violaciones a los derechos humanos³⁵². Estos antecedentes, sin duda orientaron la normativa constitucional de 1999 en materia de estados de excepción, signada, al contrario del régimen de la Constitución de 1961, por el sometimiento de las situaciones de emergencia a todo tipo de controles políticos y judiciales, a fin de evitar la arbitrariedad gubernamental.

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

351 V. Allan R. Brewer-Carías, *Evolución del régimen legal de la Economía 1939-1979*, Ediciones de la Cámara de Comercio de Valencia, Valencia 1980; “Consecuencias Jurídicas del restablecimiento de las garantías económicas, en *Revista de Derecho Público*, n° 35, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1988, pp. 69-73

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

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

No hemos tenido, por tanto, emergencias formalmente declaradas conforme a lo pautado en la Constitución; pero en contraste, hemos tenido una situación de emergencia permanente, evidentemente anormal, que ha trastocado el funcionamiento regular de los órganos del Estado, particularmente del Poder Judicial, cuyos órganos han perdido progresivamente toda autonomía e independencia.

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

El constitucionalismo venezolano, en esta materia de las emergencias, puede decirse que se encuentra en una situación de contraste, entre una regulación de la emergencia formal, que sólo puede producirse excepcionalmente y la situación de emergencia permanente anormal, en particular, la referida al Poder Judicial.

Para entender este contraste, expondremos, en primer lugar, el régimen constitucional y legal de los estados de excepción; y en segundo lugar, la situación permanente de la emergencia judicial.

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

El Capítulo II del Título VIII de la Constitución de 1999³⁵³, relativo a la “Protección de la Constitución”, está destinado a regular las circunstancias excepcionales que pueden originar situaciones de excepción que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de las personas, y que ameritan la adopción de medidas político-constitucionales para afrontarlas.

La Constitución, además, exigió (art. 338) que los estados de excepción debían ser objeto de regulación mediante una ley orgánica para enmarcarlos en un orden legal y determinar las medidas que podían adoptarse con base en los mismos; y en tal sentido se dictó la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción de 15-08-2001³⁵⁴ que no sólo los regula en sus diferentes formas, sino que además determina “el ejercicio de los derechos que sean restringidos con la finalidad de restablecer la normalidad en el menor tiempo posible” (art. 1).

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

354. *Gaceta Oficial* n° 37.261 de 15-08-2001.

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

Las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos.

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

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

Se trata, por tanto, de circunstancias excepcionales que sobrepasan las posibilidades de su atención mediante los mecanismos institucionales previstos para situaciones normales, pero que solo pueden dar lugar a la adopción de medidas que estén enmarcadas dentro de principios de logicidad, racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, lo que se configura como un límite al ejercicio de las mismas.

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

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

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

1 El decreto de estado de excepción

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

En cuanto al rango y fuerza de ley de los decretos de estados de excepción, la misma en realidad proviene de la propia Constitución, pues al dictarlos el Presidente

de la República ejecuta directa e inmediatamente la Constitución, al dictarse con base en atribuciones establecidas en el texto fundamental, a pesar de que, además, deban ejecutar la Ley Orgánica de Estados de Excepción.

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

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

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

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

Conforme al artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el estado de excepción debe ser “proclamado oficialmente”. Con base en ello, sólo se pueden “adoptar disposiciones” que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas (por los Estados) en virtud de este Pacto. Además, las medidas, no pueden ser incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no pueden entrañar discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. En igual sentido se dispone en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

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

Por último, la Ley Orgánica dispone que el Presidente de la República puede solicitar a la Asamblea Nacional la prórroga del Decreto por un plazo igual, correspondiendo a la Asamblea la aprobación de dicha prórroga (art. 338). Este puede ser revocado por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron.

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

A. Régimen general

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

- a) Dictar todas las medidas que estime convenientes en aquellas circunstancias que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas o de sus instituciones, de conformidad con los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
- b) Dictar medidas de orden social, económico, político o ecológico cuando resulten insuficientes las facultades de las cuales disponen ordinariamente los órganos del Poder Público para hacer frente a tales hechos.

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

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

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

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

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

Salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles.

Este es el único supuesto establecido en la Constitución de 1999 conforme al cual el Presidente puede restringir las garantías constitucionales (art. 236, ord. 7), habiéndose eliminado toda posibilidad de “suspender” dichas garantías como lo autorizaba la Constitución de 1961 (art. 241). De ello deriva, además, que tampoco podrían restringirse los derechos constitucionales, sino sólo sus “garantías”³⁵⁵.

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

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

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

Por otra parte, en relación con la enumeración de las garantías constitucionales de derechos que no pueden ser objeto de restricción, en forma alguna, conforme al antes mencionado artículo 337 de la Constitución (regulados en los artículos 43; ord. 2; 46, ord. 1; 49 y 58 de la Constitución), sin duda, debe considerarse que forman parte de “los demás derechos humanos intangibles” cuyas garantías tampoco pueden restringirse, los indicados como no restringibles en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4), y en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 27), que son: la garantía de la igualdad y no discriminación; la garantía de no ser condenado a prisión por obligaciones contractuales; la garantía de la irretroactividad de la ley; el derecho a la personalidad; la libertad religiosa; la garantía de no ser sometido a esclavitud o servidumbre; la garantía de la integridad personal; el principio de legalidad; la protección de la familia; los derechos del niño; la garantía de la no privación arbitraria de la nacionalidad y el ejercicio de los derechos políticos al sufragio y el acceso a las funciones públicas³⁵⁶.

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

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

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

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

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

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

En *primer lugar*, debe insistirse en el hecho de que se eliminó de la Constitución la posibilidad de que se pudiesen “suspender” las garantías constitucionales, como lo autorizaba el artículo 241, en concordancia con el artículo 190, ordinal 6 de la Constitución de 1961, y que dio origen a tantos abusos institucionales³⁵⁷, quedando la potestad de excepción, a la sola posibilidad de “restringir” (art. 236, ord. 7) las garantías constitucionales.

En *segundo lugar*, la Constitución exige expresamente que el Decreto que declare el estado de excepción y restrinja garantías constitucionales, obligatoriamente debe “regular el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe” (art. 339). Es decir, no es posible que el decreto “restrinja” una garantía constitucional pura y simplemente, sino que es indispensable que en el mismo decreto se regule en concreto el ejercicio del derecho. Por ejemplo, si se restringe la libertad de tránsito, por ejemplo, en el mismo decreto de restricción, que tiene entonces que tener contenido normativo, debe especificarse en qué consiste la restricción, estableciendo por ejemplo, la prohibición de circular a determinadas horas (toque de queda), o en determinados vehículos³⁵⁸.

Lamentablemente, sin embargo, en la Ley Orgánica no se desarrolló esta exigencia constitucional, quizás la más importante en materia de restricción de garantías constitucionales. Sólo regulándose normativamente su ejercicio, en el decreto que restrinja las garantías constitucionales, es que podría tener sentido la previsión del artículo 21 de la Ley Orgánica que dispone que:

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

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

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

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

C. La movilización

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

D. La requisición

Con motivo de la declaración de estado de excepción, conforme al artículo 24 de la Ley Orgánica, el Ejecutivo Nacional tiene la facultad de requisar los bienes muebles e inmuebles de propiedad particular que deban ser utilizados para restablecer la normalidad.³⁵⁹

En estos supuestos, para que se ejecutase cualquier requisición, es indispensable la orden previa del Presidente de la República o de la autoridad competente designada, dada por escrito, en la cual se debe determinar la clase, cantidad de la prestación, debiendo expedirse una constancia inmediata de la misma.

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

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

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

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

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

Conforme al artículo 20 de la Ley Orgánica,

Decretado el estado de excepción, el Ejecutivo puede hacer erogaciones con cargo al Tesoro Nacional que no estén incluidas en la Ley de Presupuesto y cualquier otra medida que se

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

considere necesaria para regresar a la normalidad, con fundamento en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la presente Ley.

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

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

3. El control de los decretos de estados de excepción

De acuerdo con el artículo 339, el decreto que declare el estado de excepción debe ser presentado, dentro de los 8 días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad (art. 336,6).

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

A. El control por la Asamblea Nacional

a. *El sometimiento del decreto a la Asamblea*

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

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

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

b. *La aprobación por la Asamblea*

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

de la publicidad, de nuevo, tiene que vincularse a la publicación del decreto en la *Gaceta Oficial*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b. *Motivos de control*

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

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

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

Consejo de Ministros, lo que implica que durante el tiempo de vigencia de estas restricciones, las garantías de los derechos y libertades podrían ser regulados por vía ejecutiva.

Por ello, la consecuencia fundamental del decreto de excepción que establezca la restricción de garantías constitucionales, es la posibilidad que tiene el Poder Ejecutivo de regular el ejercicio del derecho, asumiendo competencias que normalmente corresponderían al Congreso. Si la esencia de la garantía constitucional es la reserva legal para su limitación y reglamentación; restringida la garantía constitucional, ello implica la restricción del monopolio del legislador para regular o limitar los derechos, y la consecuente ampliación de los poderes del Ejecutivo Nacional para regular y limitar, por vía de Decreto, dichas garantías constitucionales³⁶⁰.

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

c. Procedimiento y la participación de interesados

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

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

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

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

En todo caso, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dentro de los 2 días siguientes debe admitir los alegatos y elementos de prueba que resulten

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

pertinentes y desechar aquellos que no lo sean. Contra esta decisión, dispone la Ley Orgánica, “no se admitirá recurso alguno”, lo cual es absolutamente superfluo, pues no existe recurso posible alguno en el ordenamiento jurídico constitucional, contra las decisiones de la Sala Constitucional.

d. *Decisión*

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

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

Artículo 37: La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declarará la nulidad total o parcial del decreto que declara el estado de excepción, acuerda su prórroga o aumenta el número de garantías restringidas, cuando no se cumpla con los principios de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tratados internacionales sobre derechos humanos y la presente Ley.

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

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

C. El control por los demás tribunales

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

Pero además contra los referidos decretos y los actos de ejecución de los mismos, podrían intentarse recursos de amparo y habeas corpus, para lo cual, el artículo 27 de la Constitución dispone expresamente que el ejercicio del derecho de amparo “no puede ser afectado en modo alguno por la declaratoria de estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales”. Esta norma derogó en forma tácita, el ordinal del artículo de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988 que restringía el ejercicio de la acción de amparo en las situaciones de restricción de Garantías Constitucionales³⁶¹. Por ello, incluso, la pro-

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

pía Ley Orgánica enumera, entre las garantías no restringibles “el amparo constitucional” (art. 7, ord. 12).

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

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

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

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

La Ley Orgánica de la Administración Pública, como hemos señalado, establece un mecanismo preciso de participación ciudadana al regular el procedimiento de consulta obligatoria a las comunidades organizadas y a las organizaciones políticas no estatales, respecto de los anteproyectos de normas legales o reglamentarias que se proponga dictar el Presidente de la República (arts. 135, 136).

Como hemos señalado, esencialmente, un decreto de estado de excepción debe contener la regulación legal relativa al ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, por lo que en el ámbito de los decretos de estados de excepción esa consulta debe realizarse obligatoriamente.

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

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

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

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

En efecto, el proceso político-constitucional venezolano durante el último lustro, ha estado caracterizado por la existencia de una permanente y anormal emergencia judicial que ha provocado la progresiva y sistemática demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial por parte de los diversos órganos del Estado, incluido el propio Tribunal Supremo de Justicia³⁶²; de manera que la separación de los poderes, como principio básico del Estado de derecho, incluso en medio de la peculiar penta división del poder que está plasmada en la Constitución de 1999, ha sido hecha añicos.

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

1. La intervención constituyente del Poder Judicial

En efecto, la Asamblea Nacional Constituyente electa en 1999, luego de intensos debates judiciales³⁶³, al instalarse en agosto de ese año, se auto atribuyó el carácter de “poder originario” y con ello, potestades públicas por encima de la Constitución de 1961³⁶⁴, asumiendo la tarea de intervenir los Poderes Públicos constituidos³⁶⁵. Para ello comenzó dictando un “Decreto mediante el cual se declaró la reorganización de todos los órganos del Poder Público” de fecha 12 de agosto de 1999³⁶⁶ el cual fue seguido por el “Decreto mediante el cual se regulan las funciones del Poder

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

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

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

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

366 *Gaceta Oficial* n° 36.764 de 13-08-99.

Legislativo”³⁶⁷, con el cual se materializó jurídicamente el golpe de Estado dado por la Asamblea Nacional Constituyente, al violar la Constitución de 1961, extinguir un órgano constitucional constituido y electo como era el Congreso, intervenir sus funciones legislativas, limitar la autonomía de los Estados y Municipios y lesionar la autonomía de las Contralorías. Una semana después, la misma resolvió declarar “al Poder Judicial en emergencia” (art. 1º), creando una “Comisión de Emergencia Judicial”, la cual asumió el proceso de intervención del mismo³⁶⁸, que no ha cesado hasta el presente, con atribuciones para evaluar el desempeño de la propia Corte Suprema de Justicia (arts. 3,3 y 4), e incluso, hasta para la destitución y suspensión de jueces y funcionarios judiciales y la designación de suplentes o conjueces para sustituir a los jueces destituidos o suspendidos (art. 8).

Dicha declaratoria de Emergencia Judicial debió haber tenido vigencia hasta que se sancionara la nueva Constitución (art. 32). Sin embargo, fue *sine die* por la falta del Tribunal Supremo de Justicia en asumir el gobierno judicial conforme a la competencia que le asignó la nueva Constitución de 1999 (art. 267), así como por la prórroga de la transitoriedad por obra de la Asamblea Nacional, dada su propia omisión en dictar las leyes necesarias.

El Tribunal Supremo de Justicia, a partir de enero de 2000, fue complaciente con la forma irregular de intervención del Poder Judicial, y se abstuvo deliberadamente en asumir sus propias funciones. La transitoriedad, incluso, fue formalmente prorrogada en mayo de 2004, con la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia³⁶⁹.

Con fundamento en este Decreto se produjo la intervención del Poder Judicial, se destituyeron y suspendieron centenares de jueces con precaria garantía al derecho a la defensa, se designaron jueces suplentes e interinos sin sistema alguno de selección que no fuera la sola voluntad del designante, con lo cual el Poder Judicial quedó signado por la provisionalidad y temporalidad, con su secuela de dependencia respecto del nuevo Poder, sin que se hubiera realizado concurso alguno para la selección de jueces³⁷⁰.

Además, la Asamblea Nacional Constituyente dictó otro Decreto mediante el cual confirió facultades a la Comisión de Emergencia Judicial “hasta el 16 de diciembre del presente año” (1999) para reglamentar el plan de evaluación de los jueces, determinar la permanencia o sustitución de los mismos y el régimen de selección y concursos (art. único)³⁷¹.

367 *Gaceta Oficial* n° 36.772 de 25-08-99.

368 *Gaceta Oficial* n° 36.772 de 25-08-99 reimpresso en *Gaceta Oficial* n° 36.782 de 08-09-99.

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

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

371 *Gaceta Oficial* n° 36.832 de 18-11-99.

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

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, en fecha 23 de agosto de 1999, y con motivo de la decisión de la Asamblea de intervenir el Poder Judicial, adoptó un desafortunado Acuerdo³⁷², en el cual fijó posición ante el Decreto de Reorganización del Poder Judicial dictado por la Asamblea Nacional Constituyente; y sobre la designación de uno de sus propios magistrados como integrante de la ilegítima Comisión de Emergencia Judicial. Con dicho Acuerdo, en definitiva la Corte Suprema de Justicia se habría decretado su propia extinción, lo que ocurrió, de hecho, tres meses después.

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

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

Dicha Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, sin embargo, fue irregularmente creada mediante un decreto dictado por la Asamblea nacional Constituyente, después de que la Constitución fuera aprobada por referéndum, denominado Decreto del Régimen de Transición del Poder Público (art. 27) dictado 22 de diciembre de 1999³⁷³, en el cual se dispuso que mientras el Tribunal Supremo organizaba su referida Dirección Ejecutiva de la Magistratura, el gobierno y administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los Tribunales, y todas las competencias que la legislación para ese momento vigente atribuían al antiguo Consejo de la Judicatura, serían ejercidas por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (art. 21).

La Asamblea Nacional Constituyente así, incluso para después de que la nueva Constitución entrara en vigencia, le confiscó una de sus nuevas funciones al Tribunal Supremo de Justicia, cuyos miembros había designado, y se la atribuyó a una

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

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

“Comisión” creada y designada por la propia Asamblea, situación irregular que el propio Tribunal Supremo de Justicia aceptó resignadamente por más de un lustro.

Por otra parte, la disposición del artículo 23 del Decreto del 22 de diciembre de 1999 constituía una verdadera “Disposición Transitoria constitucional” que debió haber sido incorporada en las de la propia Constitución, la cual, sin embargo dictó la Asamblea en evidente usurpación de autoridad (la del pueblo), disponiendo que la competencia disciplinaria judicial que correspondía a los tribunales disciplinarios de conformidad con lo que se regula en el artículo 267 de la Constitución recién aprobada, sería ejercida por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, y no por los jueces:

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

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

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

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

Pero en materia de jurisdicción disciplinaria de los jueces, en el artículo 30 de la misma Normativa, el Tribunal Supremo, sin justificación ni competencia alguna, prorrogó la existencia y funcionamiento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración, que debía ser organizada en la forma que determinase el Tribunal Supremo de Justicia, la cual sólo tendría a su cargo luego de la vigencia de la referida Normativa, “funciones disciplinarias mientras se dicta la legislación y se crean los correspondientes Tribunales Disciplinarios”. Continuó así dicha Comisión en el ejercicio de funciones transitorias en materia disciplinaria; situación que fue nueva-

mente prorrogada por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de mayo de 2004³⁷⁴, en cuya Disposición Transitoria Única, párrafo 2, e) se dispuso que:

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

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

Lamentablemente, el “activismo judicial” de la Sala Constitucional que la ha llevado, incluso, a juzgar de oficio la inconstitucionalidad de la omisión del Legislador, por ejemplo, en no haber sancionado la Ley Orgánica del Poder Municipal³⁷⁵, no ha sido aplicado para tratar de obligar al legislador a dictar las leyes básicas para garantizar precisamente la autonomía e independencia del Poder Judicial, que el Tribunal Supremo administra y gobierna.

En todo caso, con posterioridad al Decreto sobre Régimen Transitorio que creó la mencionada Comisión, la Asamblea Nacional Constituyente dictó otros dos Decretos el 18 de enero de 2000 en relación con el Poder Judicial, también “en ejercicio del poder soberano constituyente originario”, que fueron el relativo a la designación del Inspector de Tribunales³⁷⁶, y el relativo a la designación de los miembros de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial³⁷⁷.

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

Esta norma, sin embargo, también ha sido letra muerta en el Poder Judicial en Venezuela desde la intervención del Poder Judicial por la Asamblea Nacional Constituyente en 1999, mediante la Comisión de Emergencia Judicial. Dicha Comisión y su sucesora, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial creada en el mencionado Régimen de Transición del Poder Público el 22 de diciembre de 1999, en efecto, destituyeron cientos de jueces en el país, extinguiendo la garantía de la estabilidad de los jueces. La Comisión Judicial del Tribunal Supremo

374 V. en *Gaceta Oficial* n° 37.942 de 20-05-2004.

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

376 *Gaceta Oficial* n° 36.878 de 26-01-00.

377 *Gaceta Oficial* n° 36.878 de 26-01-00.

de Justicia nombrada en agosto de 2000, que comenzó a funcionar en paralelo con la Comisión de Funcionamiento, además, continuó la política de estructurar un Poder Judicial integrado por jueces provisionales o temporales, los cuales han llegado a conformar más del 90% del universo de los jueces, quienes han quedado dependientes y vulnerables a las presiones del poder³⁷⁸, habiendo materialmente desaparecido la autonomía e independencia del Poder Judicial. Además, los concursos públicos para la designación de los jueces que se habían instituido en 2000, fueron suspendidos a partir de comienzos de 2003; y la destitución de los jueces sin fórmula de juicio ni derecho a ser oídos, sigue siendo la regla.

Lo absurdo del régimen transitorio que ha eliminado todo el sistema de concurso para el ingreso a la carrera judicial que exige la Constitución, ha llegado a su clímax con la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia n° 1424 de 3 de mayo de 2005, dictada con ocasión de decidir un recurso de nulidad por inconstitucionalidad del artículo 6,23 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que atribuía a la Sala Político Administrativa del mismo Tribunal la competencia para designar los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa, a los efectos de que como lo solicitaron los recurrentes, “en consecuencia se designe a los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa, a través de los procedimientos de concurso de oposición aplicado a las demás jurisdicciones del país, tal como lo prevé el mandato constitucional plasmado en el artículo 255 de la Constitución”.

En la sentencia, sin embargo, la Sala resolvió declarar *de oficio* una medida cautelar suspendiendo la aplicación de la norma impugnada, alegando como “peligro en la mora”, “el riesgo de que la Sala Político-Administrativa, con apoyo en la Ley, haga designaciones durante la pendencia de este juicio las cuales, pese a que sean legales, podrían ser declaradas luego inconstitucionales, con nefastas consecuencias para todo el Sistema de Justicia”; por lo que entonces resolvió que durante “la tramitación de esta causa las designaciones a que se refiere la norma cuya suspensión provisional se acuerda se harán por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, mediante el mismo procedimiento a través del cual se nombra el resto de los jueces de la República”³⁷⁹, es decir, a dedo, sin concurso. En consecuencia, de una designación de jueces de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por el máximo tribunal de dicha Jurisdicción (la sala Político Administrativa) con posibilidad de velar más adecuadamente por el nivel de los mismos, se pasó a la designación a dedo, sin concurso de dichos jueces como se hace con “el resto de los jueces de la República”; y ello, por decisión de la Sala Constitucional.

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

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 265 de la Constitución, los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia pueden ser removidos por la Asamblea Nacional mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, previa

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

379 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 102, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2005.

audiencia concedida al interesado, en caso de faltas graves que sean previamente calificadas por el Poder Ciudadano, en los términos que la ley establezca. Esta, sin duda, es una ingerencia no conveniente ni aceptable de la instancia política del Poder en relación con la Administración de Justicia, pero así quedó plasmada en la Constitución, limitando indebidamente la independencia del Poder Judicial.

Ello se agravó en mayo de 2004, cuando la Asamblea Nacional sancionó la muy esperada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia³⁸⁰, con la cual no sólo se aumentó el número de magistrados del Tribunal Supremo, consolidándose el control del mismo por el Poder Ejecutivo, sino que se aumentó la dependencia de los magistrados al haberse regulado en forma inconstitucional la posibilidad de su remoción con el voto de la Asamblea por mayoría simple.

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

Sin embargo, la exigencia constitucional de una mayoría parlamentaria de las 2/3 partes de los diputados integrantes de la Asamblea (Art. 265), por supuesto, en una situación de extrema polarización política, hace muy difícil a la Asamblea poder proceder a remover a los magistrados que pudieran ser incómodos al Poder político, por lo que la Asamblea, en un evidente fraude a la Constitución “inventó” otra causal de remoción de los magistrados, que denominó como “anulación del nombramiento de los Magistrados”, la cual se puede adoptar con mayoría simple, en lugar de la mayoría calificada que exige la Constitución.

Esta inconstitucional potestad, por supuesto, fue ejercida en forma inmediata por la Asamblea Nacional, el 15 de junio de 2004, al aprobar un informe de una Comisión que investigaba la crisis en el Poder Judicial, en el cual se recomendó a “anular” el acto del nombramiento del Magistrado Vicepresidente del Tribunal Supremo, “en razón de haber suministrado falsa información para el momento de la aceptación de su postulación para ser ratificado en ese cargo”³⁸¹. La Sala Constitucional, en todo caso, convenientemente no extendió la protección constitucional de amparo que

380 V. en *Gaceta Oficial* n° 37.942 de 20-05-2004. V. sobre dicha Ley, V. Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso-administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004.

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

había otorgado al Magistrado, con ocasión de una decisión de la Asamblea Nacional contra el mismo, en fecha 3 de diciembre de 2002³⁸².

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

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

En efecto, conforme a la Constitución, la jurisdicción disciplinaria judicial debe estar a cargo de tribunales disciplinarios que deben ser determinados por la ley (art. 267); y el régimen disciplinario de los magistrados y jueces debe estar además fundamentado en el *Código de Ética* del Juez Venezolano, que debe dictar la Asamblea Nacional. En cuanto al procedimiento disciplinario, la Constitución exige que debe ser público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley.

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

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

Ahora bien, como se ha dicho, el 2 de agosto de 2000 el Tribunal Supremo de Justicia, actuando en acatamiento de lo ordenado en el artículo 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dictó la “Normativa Sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial”, con lo que se buscó, como lo afirmó el Supremo Tribunal en la sentencia n° 40, la parcial satisfacción de un expreso mandato constitucional (artículo 267), pues la “emergencia” continuó en cuanto al régimen disciplinario de los jueces. La propia Sala Plena resumió y argumentó la continuación de la emergencia, así:

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

De otra parte, el artículo 30 de la misma Normativa establece que “[l]a Comisión de Funcionamiento y Reestructuración organizada en la forma que lo determine el Tribunal Supremo de Justicia, sólo tendrá a su cargo [luego de la vigencia de esta Normativa] funciones disciplinarias mientras se dicta la legislación y se crean los correspondientes Tribunales Disciplinarios”. Ha quedado así esta Comisión en el ejercicio de funciones transitorias en la materia antes indicada³⁸³.

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

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

Pero en esta materia, la propia Sala Constitucional, en ocasión de conocer sobre la inconstitucional omisión de la Asamblea Nacional de no haber enviado al Presidente de la República para su promulgación el Código de Ética del Juez, en lugar de corregir la omisión y exigirle a la Asamblea Nacional remitir para su promulgación tal documento, lo que hizo fue contradictoriamente prorrogar la existencia de la mencionada Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, llegando incluso a designar y remover a sus integrantes, sustituyéndose al propio Tribunal Supremo de Justicia. En efecto, en la sentencia n° 1957 de de mayo de 2005, dictada con el motivo indicado, la sala resolvió:

Observa la Sala, tal y como se indicó anteriormente, que la presente demanda se intentó con fundamento en la supuesta omisión en que incurrió la Asamblea Nacional, “*por cuanto aún no han remitido la Ley sancionada el 16 de octubre de 2003 del Código de Ética del Juez o Jueza Venezolana’ al Presidente de la República Bolivariana para que se proceda a su promulgación en la Gaceta Oficial*”.

Lo anterior ha traído entre sus consecuencias la continuidad en sus funciones de un órgano como la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, el cual estaba destinado a regir durante un período de transición.

En efecto, la Asamblea Nacional Constituyente elaboró el Régimen de Transición del Poder Público, publicado en *Gaceta Oficial* n° 36.920 del 28 de marzo de 2000, en el cual se creó la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial en los siguientes términos:

Artículo 28. Se crea la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial que será integrada por los ciudadanos que designe la asamblea nacional constituyente.

Las Designaciones que realice la Asamblea Nacional Constituyente lo serán hasta el funcionamiento efectivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, de los Tribunales Disciplinarios y del Sistema Autónomo de la Defensa Pública.

383 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 159 y ss.

Por su parte, el artículo 24 *eiusdem*, destaca igualmente la transitoriedad de la referida Comisión, al disponer lo siguiente:

La competencia disciplinaria judicial que corresponda a los Tribunales disciplinarios de conformidad con el artículo 267 de la Constitución aprobada, será ejercida por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial de acuerdo con el presente régimen de transición y hasta que la Asamblea Nacional apruebe la legislación que determine los procesos y tribunales disciplinarios.

En justa correspondencia con lo anterior, este Tribunal Supremo de Justicia, procedió a dictar la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 37.014, de 15 de agosto de 2000, en cuyo capítulo correspondiente a las disposiciones finales y transitorias (artículo 30), y dispuso que:

La Dirección Ejecutiva de la Magistratura iniciará su funcionamiento efectivo el día primero de septiembre del año dos mil.

(Omissis)

*La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración, **reorganizada en la forma que lo determine el Tribunal Supremo de Justicia**, sólo tendrá a su cargo funciones disciplinarias, mientras se dicta la legislación y se crean los correspondientes Tribunales Disciplinarios”* (Resaltado de la Sala)

Pero después de de todo este razonamiento, de la manera más absurda, la Sala, en lugar de velar por la corrección de la omisión legislativa, constató que

[...] visto que conforme a la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial corresponde a este Tribunal Supremo de Justicia, la reorganización de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración y visto que conforme al Decreto del Régimen de Transición del Poder Público, las designaciones que realizó la Asamblea Nacional Constituyente de los integrantes de dicha Comisión fueron realizadas de manera temporal hasta el funcionamiento efectivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y la Comisión Judicial, lo que constituye un hecho notorio en la actualidad, y visto que hasta la presente fecha la Asamblea Nacional ha omitido culminar el proceso de formación del Código de Ética del Juez o Jueza Venezolana,

la Sala Constitucional, “a los fines de reorganizar el funcionamiento de la referida Comisión, según lo establecido en el artículo 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y artículo 30 de la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial” pura y simplemente procedió a ordenar la sustitución de los ciudadanos que se desempeñan como miembros integrantes de la citada Comisión por otros ciudadanos que procedió a designar. Es decir, formalizó aún más la transitoriedad judicial y la inexistencia del régimen disciplinario judicial de los jueces³⁸⁴.

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

384 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 102, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005.

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

CAPÍTULO IV
SOBRE LA FORMA DE ESTADO

**§8. NOTAS SOBRE LAS FORMAS DE ESTADO.
ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y REALIDAD CONTEMPORÁNEA.
(ESPECIAL REFERENCIA A VENEZUELA Y AL ECUADOR***

(Guayaquil, mayo 2006)

I. LA DISTRIBUCIÓN VERTICAL DEL PODER Y
LAS FORMAS DE ESTADO

Uno de los principios fundamentales del derecho público contemporáneo es el de la distribución vertical del Poder Público, que surge con el mismo nacimiento del constitucionalismo moderno, con motivo de la organización del Estado que se requería por el desmantelamiento del Estado Absoluto.

Ese principio derivó del ejercicio del principio democrático de la soberanía del pueblo, y se materializó inicialmente en el federalismo norteamericano y el municipalismo francés. Después de doscientos años de experiencia, hoy el regionalismo y el municipalismo son los signos de la organización territorial del Poder: el primero, es decir el federalismo o las otras formas regionales, en unidades políticas intermedias entre el Poder Central y el Poder Local; y el segundo, en la consolidación precisamente de este último, en los niveles más bajos del territorio, cerca del ciudadano.

De manera que puede decirse que no hay país democrático en el mundo occidental, desarrollado y consolidado después de la Segunda Guerra Mundial, cuyo Estado no esté montado sobre la distribución vertical del Poder en dos niveles. En la actualidad no existen Estados democráticos centralizados, y en general, lo que existen son Federaciones (Alemania, Suiza, Canadá, EEUU) o sistemas políticos regionales o descentralizados 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, su importancia deriva de que es en el nivel local donde la democracia realmente existe.

Cuántas veces no nos hemos preguntado los latinoamericanos, por ejemplo, por qué los países europeos y de Norteamérica tienen democracias funcionales auténticas y por qué, en nuestros países, la democracia no ha llegado a funcionar, salvo formalmente. La respuesta, tan simple, es que en aquellos países la democracia, por sobretodo, es vida local, lo que significa gobierno local y, en definitiva, municipalismo. Ello lo descubrió Alexis De Tocqueville hace casi 200 años cuando se topó con “la democracia en América”³⁸⁵, y ello es lo que ha caracterizado la democracia

* Documento preparado para el *Curso Cátedra de Autonomías*, organizado por *Goberna & Derecho, Sintagma, y la Universidad Espíritu Santo*, Guayaquil, Ecuador, mayo 2006.

385 V. A. de Tocqueville, *Democracy in America*, J. P. Mayer y M. Lerner, eds. London, 1969.

en el mundo desarrollado de la post guerra. No se olvide, por ejemplo, que en Francia hay 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 gobiernos locales y que en España hay más de 8.000 municipios.

Pero lo importante no es tanto el número de entidades locales autónomas políticamente hablando, sino la relación entre ellas y la población. En todo el mundo democrático desarrollado contemporáneo, esa relación oscila entre aproximadamente 6.000 habitantes por autoridad local, como sucede en los Estados Unidos y Canadá, independientemente de la extensión del territorio y la densidad de población, y aproximadamente 1.500 habitantes por Municipio, como sucede en Francia. 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 por ejemplo en Venezuela, donde además, por más verbalismo constitucional que haya sobre democracia, participación, descentralización y protagonismo del pueblo, hay sólo 332 Municipios en un territorio que tiene el doble de la superficie del territorio de Francia. Por eso, en Venezuela, la relación población-gobierno local es de casi 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.

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 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 cuanto al Federalismo, este ha sido consustancial al constitucionalismo latinoamericano; pero la verdad es que nuestras Federaciones, como 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 Poder. En los otros países de dimensión territorial importante, por lo demás, no se han logrado implantar niveles políticos intermedios.

La Constitución de América Latina del Siglo XXI, por tanto, para perfeccionar y arraigar la democracia, tiene que impulsar la descentralización política, tanto a nivel intermedio como a nivel local, desparramando efectivamente el Poder en el territorio. Como lo dice la Constitución de Venezuela de 1999,

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).

Pero en cada uno de los países latinoamericanos, el esquema de descentralización política adoptado tiene sus variaciones sustantivas.

II LAS FORMAS DE ESTADO Y LOS PRINCIPIOS SOBRE LA DESCENTRALIZACIÓN

Las formas de Estado, desde el punto de vista del derecho público, derivan del grado de centralización o de descentralización del poder.

Por ello, estimamos conveniente, al analizar las formas de Estado, puntualizar los principios básicos relativos a la descentralización como uno de los principios jurídicos de la organización del Estado, relacionados con la competencia.

La descentralización es siempre una forma de desviación de la competencia, consistente en su transferencia por parte de una persona jurídica estatal político-territorial hacia otra u otras personas jurídicas estatales distintas. Por tanto, implica una distribución de competencias, pero no entre órganos de una misma organización jerárquica, sino entre sujetos de derecho diferentes, mediante la transferencia de la competencia hecha a personas jurídicas distintas del ente transferente.

En la delegación y en la desconcentración administrativa también opera una distribución de competencias, pero dentro de una misma organización jerárquica, entre órganos de la misma. La descentralización, en cambio, es una transferencia de competencias entre sujetos de derecho con diferente personalidad jurídica, por ejemplo, entre el Estado nacional y un instituto autónomo.

Por ello se puede afirmar que en la desconcentración y en la delegación la relación que se establece es entre órganos diversos; en cambio, en la descentralización, la relación se establece entre diversos sujetos de derecho, es decir, entre personas jurídicas distintas³⁸⁶.

1. Las formas de la descentralización

Las diversas formas de descentralización derivan por tanto, de los sujetos de derecho a los cuales se les van a transferir competencias, que pueden ser sujetos de derecho público o de derecho privado, creados por el Estado para tales fines, de acuerdo al marco jurídico del derecho público o del derecho privado.

En cuanto a los sujetos de derecho público descentralizados, éstos pueden ser los que conforman la organización política de un país determinado; por ejemplo, en el caso de Venezuela, como Estado federal, la República, los Estados y los Municipios. Cuando la transferencia de competencias se produce entre estos entes, estamos en presencia de una descentralización política, o distribución de competencias entre órganos político-territoriales, en un proceso que en general está regulado por el derecho constitucional, pues incide en la distribución vertical del poder del Estado.

Pero la descentralización también puede ocurrir hacia entes que pueden ser creados por algunos de esos entes político-territoriales, los cuales, a su vez, pueden o no tener un ámbito territorial. En este caso, estamos en presencia de una descentralización administrativa o funcional, en general regulada por el derecho administrativo, ya que incide en la organización de la Administración Pública.

³⁸⁶ V. en general, Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005.

De esta distinción general resultan las dos formas generales de la descentralización antes indicadas, las que por ejemplo, distingue la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela³⁸⁷: la descentralización política o territorial y la funcional.

En efecto, en cuanto a la descentralización territorial, esta Ley Orgánica dispone que con el propósito de profundizar la democracia y de incrementar la eficiencia y eficacia de la gestión de la Administración Pública, se pueden descentralizar competencias y servicios públicos de la República a los Estados de la federación y a los municipios, y de los Estados a los municipios, de conformidad con la Constitución y la ley (art. 30). Esta norma recoge, así, los principios descentralizadores que están establecidos en los artículos 157, 158 y 165 de la Constitución venezolana de 1999.

En cuanto a la descentralización funcional, el artículo 29 de dicha Ley Orgánica dispone que los titulares de la potestad organizativa pueden crear entes descentralizados funcionalmente cuando el mejor cumplimiento de los fines del Estado así lo requiera, en los términos y condiciones previstos en la Constitución y en la Ley³⁸⁸. El mismo artículo 29 de la Ley Orgánica establece los siguientes dos tipos de entes descentralizados funcionalmente:

En *primer lugar*, los entes descentralizados funcionalmente *con forma de derecho privado*, los cuales están conformados por las personas jurídicas constituidas y regidas de acuerdo a las normas del derecho privado en los términos de la misma Ley Orgánica, y que son de dos tipos:

- a. Entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales, que son aquellos entes descentralizados funcionalmente que no realicen actividades de producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente del presupuesto de la República, los estados, los distritos metropolitanos, o los municipios.
- b. Entes descentralizados funcionalmente con fines empresariales, que son aquellos cuya actividad principal sea la producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente de esta actividad.

En *segundo lugar*, están los entes descentralizados funcionalmente *con forma de derecho público*, conformados por aquellas personas jurídicas creadas y regidas por normas de derecho público, las cuales pueden perseguir fines empresariales o no empresariales, al igual que pueden tener atribuido el ejercicio de potestades públicas³⁸⁹. En relación con estos últimos, sólo por ley pueden crearse las personas jurídicas de derecho público como los institutos autónomos; principio que deriva de lo dispuesto en el artículo 142 de la Constitución que recogió la disposición del artículo 230 de la Constitución de 1961 al prever que los institutos autónomos sólo pueden crearse por ley; y que tales instituciones, así como los intereses públicos en corporaciones o entidades de cualquier naturaleza, están sujetos al control del Estado, en la forma que la ley establezca.

387 V. Ley nº 40, en *Gaceta Oficial* nº 37.305 de 17-10-2001. V. Allan R. Brewer-Carías y Rafael Chavero G., *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

388 V. en general Jesús Caballero Ortiz, "La descentralización funcional", en *Revista de Derecho Público*, nº 8, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 1981, pp. 5 y ss.

389 V. Allan R. Brewer-Carías, "La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido actual de la clasificación de los sujetos de derecho", *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, nº 57, Caracas, 1976, pp. 115 a 135.

Por supuesto, tanto en la descentralización funcional como en la descentralización territorial se transfiere la titularidad de la competencia y, en consecuencia, se transfiere cualquier responsabilidad que se produzca por el ejercicio de la competencia o de la gestión del servicio público correspondiente, en la persona jurídica y en los funcionarios y funcionarias del ente descentralizado (art. 32).

En cualquier caso, lo que caracteriza a la descentralización es que, aun cuando hay transferencia de poderes a otros sujetos de derecho, todos estos sujetos, en una forma u otra, quedan enmarcados dentro de la estructura organizativa general del Estado. Por ello, puede decirse que cuando se habla de “sector público”, la expresión se utiliza en el sentido de abarcar, por ejemplo en Venezuela, en el campo nacional, a la República con todos sus ministerios y demás órganos de su Administración Pública central, y a la Administración descentralizada funcionalmente, tenga forma de derecho público o de derecho privado. Y en sentido similar, se utiliza en el campo de los Estados y de los Municipios con sus respectivas Administraciones Públicas.

Este sentido viene corroborado con la previsión del artículo 6 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público³⁹⁰, en la cual se establece que están sujetos a las regulaciones de la misma “los entes u organismos que conforman el sector público”, enumerados seguidamente: 1. La República; 2. Los Estados; 3. El Distrito Metropolitano de Caracas; 4. Los distritos; 5. Los Municipios; 6. Los institutos autónomos; 7. Las personas jurídicas estatales de derecho público; 8. Las sociedades mercantiles en las cuales la República o las demás personas a que se refiere el presente artículo tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social. Quedarán comprendidas además, las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional; 9. Las sociedades mercantiles en las cuales las personas a que se refiere el numeral anterior tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social; 10. Las fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con fondos públicos o dirigidas por algunas de las personas referidas en este artículo, cuando la totalidad de los aportes presupuestarios o contribuciones en un ejercicio, efectuados por una o varias de las personas referidas en el presente artículo, represente el cincuenta por ciento o más de su presupuesto.

Esto confirma que los entes estatales con forma jurídica de derecho privado están integrados dentro de la estructura general del Estado, conformando, lo que se denomina sector público.

Puede haber un tercer tipo de descentralización, además de la descentralización territorial y la descentralización funcional, que puede denominarse descentralización corporativa, en la cual también se da la transferencia de competencia a un sujeto de derecho distinto, de carácter no territorial, pero que tiene forma corporativa, generalmente no estatal. Es el supuesto que opera en Venezuela, por ejemplo, con los Colegios Profesionales, los cuales cumplen funciones públicas de control del ejercicio de una profesión. Pero en estos casos, esta descentralización corporativa no trae, como consecuencia, que los Colegios Profesionales queden dentro de la estructura general del Estado. El Estado les transfiere competencias, por ejemplo, el control del

390 *Gaceta Oficial* n° 37.978 del 13 de julio de 2004.

ejercicio de una profesión que es una competencia de carácter público, pero aun así, en ese caso, esas corporaciones, por su sustrato personal, no están dentro del denominado sector público y se consideran personas no estatales.

Por tanto, la descentralización es una transferencia de competencia a sujetos de derecho distinto, lo que la distingue de la desconcentración que es una distribución de competencia dentro de la organización de un sujeto de derecho público.

2. Las consecuencias de la descentralización: la autonomía

Una de las consecuencias fundamentales de la descentralización es el hecho de que el ente descentralizado goza, siempre, de cierta autonomía. La autonomía, en todo caso, está en una relación inversa con el control: a mayor autonomía reconocida al ente descentralizado, corresponderá, inversamente, menor control ejercido por el ente matriz; y, a menor autonomía, mayor control.

En el caso de la Administración descentralizada territorialmente por ejemplo bajo el esquema federal, no existe control ejercido por los entes territoriales mayores, ya que hay una mayor autonomía. En cambio, en el caso de los entes descentralizados funcionalmente, por ejemplo, de los institutos autónomos, hay menor autonomía, y por tanto, un mayor control de tutela.

La autonomía, en su sentido propio, es la facultad que tienen los entes de crear su propio ordenamiento jurídico, esto es, de dictar sus propias normas; de aquí que autonomía es equivalente a autonormación. Puede afirmarse, por tanto, que la autonomía propiamente dicha, existe en la Administración descentralizada territorialmente. Por ejemplo, en Venezuela, en los Estados, los Consejos Legislativos tienen como función dictar leyes sobre las materias de competencia estatal. Igualmente sucede con los municipios, a los cuales corresponde la gestión de las materias de su competencia, de acuerdo al artículo 168,2 de la Constitución, con la potestad de normar mediante Ordenanzas como leyes locales. Por tanto, un municipio es autónomo, porque su concejo municipal puede producir sus propias normas, que a nivel local son equivalentes a las leyes; de ahí que se hable de leyes locales, en el caso de las ordenanzas.

Un instituto autónomo tiene autonomía porque también, en principio, puede darse su propia reglamentación interna, aun cuando esta facultad de autonormarse está sometida al control de tutela por parte del ministro de adscripción. Normalmente, el reglamento interno de un instituto autónomo debe ser aprobado por el ministro de adscripción, aun cuando éste no puede dictar directamente esas normas, porque sería contradictorio con el fenómeno de la descentralización.

Por supuesto, en el caso de la descentralización política o territorial, la autonomía es mayor que en el caso de la descentralización funcional, y paralelamente, en tanto en cuanto la autonomía es mayor, el control es menor. Por ejemplo, en una federación, materialmente no existe ningún mecanismo de control de tutela de la República, respecto a los Estados y a los Municipios, porque la autonomía, que es correlativa, es mayor.

Por último, debe señalarse que si bien la descentralización funcional o administrativa está signada por la búsqueda de la eficiencia de la Administración Pública en la consecución de los fines y cometidos del Estado; la descentralización política o

territorial está esencialmente vinculada a la democratización del Estado, para hacer efectiva la participación política.

En las líneas que siguen analizaremos las características fundamentales de la descentralización funcional y administrativa, por una parte, y por la otra, de la descentralización territorial o política, y en particular nos referiremos al vínculo entre descentralización política y participación ciudadana, particularmente en relación con el ámbito local o municipal.

3. Los principios sobre la descentralización administrativa o funcional

Es materia propia del derecho administrativo, como se ha dicho, la descentralización administrativa o funcional, la cual implica la transferencia de competencia desde un ente público territorial a un ente público no territorial, por razones de servicio, y no por razones político-territoriales como en el supuesto de la descentralización territorial³⁹¹.

En este tipo de descentralización, como en toda otra forma, se requiere de la presencia de dos sujetos de derecho: el ente transferente, que debe ser de carácter político-territorial (en una federación, por ejemplo, la República, los Estados o los Municipios), y el ente receptor de la competencia, al cual se le deben transferir las competencias, y que puede preexistir jurídicamente, o bien, puede ser creado por el mismo acto que realiza o formaliza la descentralización.

El último es el caso de los institutos autónomos, los cuales, de acuerdo a lo previsto en el artículo 142 de la Constitución venezolana, sólo pueden ser creados por ley. En esta forma, si para la descentralización funcional se va a utilizar la forma jurídica de una persona de derecho público, el nuevo ente debe ser creado a través de una ley.

Por tanto, en Venezuela, el Ejecutivo Nacional no puede crear un instituto autónomo para transferirle competencias. La creación de estos entes se reserva al legislador, por lo que es por la vía legislativa que se realiza la descentralización funcional, toda vez que es materia de reserva legal la creación de entes de derecho público a través de los cuales se va a realizar la descentralización.

Pero la descentralización también se puede realizar mediante la creación de personas jurídicas con formas de derecho privado, supuesto en el cual se plantean aspectos diferentes.

En efecto, en primer lugar, en estos casos no es necesario que el sujeto de derecho sea creado por ley, por cuanto los órganos de la Administración Pública pueden crear personas jurídicas a través de los medios del derecho privado, por ejemplo, constituyendo una sociedad anónima o una fundación por la vía del registro mercantil o del registro público. Sin embargo, el solo hecho de que no se requiera o no se utilice la vía legislativa para crear estos entes, implica una limitación respecto de las competencias a transferir, ya que no se le pueden transferir competencias que estén específicamente asignadas por ley a un ente de la Administración Pública central.

391 V., en general, Fernando Garrido Falla, *Administración Indirecta y Descentralización Funcional*, Madrid, 1950; Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

Siendo en principio la competencia de carácter indisponible, para transferirla sería necesaria también una norma de rango legal.

Por consiguiente, y en virtud de que el acto administrativo o el acto de derecho privado que crea una persona jurídica no pueda transferir competencias legalmente atribuidas a los órganos administrativos, la descentralización funcional que se pretende instrumentar a través de estas formas jurídicas será siempre, por ello, mucho más limitada que la que se realice mediante la utilización de entes de derecho público. En este último caso, al requerirse la vía legal para la creación de éstos, la transferencia de competencia puede efectuarse sin ningún tipo de obstáculos, ya que la ley puede modificar la asignación inicial de competencia.

En todo caso, lo que se puede transferir hacia los entes de derecho privado es lo que autorice la ley o lo que esté expresamente regulado en una ley³⁹².

Por lo tanto, la descentralización funcional, a través de formas de derecho privado, es mucho más limitada que la descentralización funcional hecha a través de formas de derecho público.

Conforme se ha dicho, la descentralización administrativa funcional tiene por objeto la creación de personas jurídicas a las cuales se transfiere la titularidad de determinadas competencias y la responsabilidad de ejecutarlas. Conforme a lo indicado en el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Administración Pública venezolana, esta descentralización funcional puede realizarse mediante la creación de personas jurídicas con forma de derecho público o con forma de derecho privado³⁹³.

A. Las formas jurídicas de derecho público: los institutos autónomos

En la Ley Orgánica sólo se regula una de las formas jurídicas de derecho público para la descentralización administrativa funcional constituida por la figura del instituto autónomo³⁹⁴, el cual se define en el artículo 95 de la misma, como una persona jurídica de derecho público de naturaleza fundacional, creada por ley nacional, estatal u ordenanza municipal conforme a las disposiciones de esta Ley, dotada de patrimonio propio e independiente de la República, de los estados, de los distritos

392 Por ejemplo: cuando se creó la "Fundación para el Desarrollo de la Comunidad y Fomento Municipal" (FUNDACOMUN) en 1960, no había ninguna ley que atribuyera a ningún órgano público nacional las competencias de fomento municipal y desarrollo de la comunidad; pudo, por tanto, el Ejecutivo Nacional, ante tal situación, crear una fundación (ente de derecho privado), y atribuirle competencias en el campo de la promoción social y de la comunidad. Pero si hubiera habido una ley que atribuyera esa competencia a un ente de carácter público, la transferencia de competencias a un ente de derecho privado creado por la Administración, no se hubiera podido realizar por decreto.

393 V. Allan R. Brewer-Carías, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 1985, pp. 115 y ss.

394 V. en general sobre los institutos autónomos, Jesús Caballero Ortiz, *Los Institutos Autónomos*, Fondo de Inversiones de Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984; Tomás Polanco, "Los Institutos Autónomos en Venezuela", *Libro Homenaje a Enrique Sayagués Laso*, Tomo IV, Madrid 1969, pp. 1073-1086; Juan Garrido Rovira, "El Instituto Autónomo como figura de la Administración Pública Nacional Descentralizada en Venezuela" en *Revista de Derecho Público*, n° 3, Caracas 1980, p. 23-29; y "Descripción de los Institutos Autónomos de la organización administrativa venezolana", en *Revista de Derecho Público* n° 4, Caracas 1980, pp. 110-116; Juan Olivares Bohórquez, "Los Institutos Autónomos", en *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, n° 10, Contraloría General de la República, Caracas 1959, pp. 21-22.

metropolitanos y de los municipios, según sea el caso, con las competencias o actividades determinadas en la ley que lo cree³⁹⁵.

Sin embargo, las formas jurídicas de derecho público estatales no se agotan en los institutos autónomos, pues también las corporaciones públicas como los colegios profesionales y las comunidades educativas como las universidades nacionales son formas jurídicas de derecho público estatales para la descentralización funcional.

La creación de los institutos autónomos sólo puede realizarse mediante ley nacional, estatal u ordenanza, conforme lo establece el artículo 142 de la Constitución y el artículo 96 de la Ley Orgánica. Igualmente los institutos autónomos sólo pueden ser suprimidos por ley especial, la cual debe establecer las reglas básicas de la disolución, así como las potestades necesarias para que el respectivo ejecutivo nacional, estatal, del distrito metropolitano o municipal proceda a su liquidación (Art. 99).

B. Las formas jurídicas de derecho privado

La Ley Orgánica de la Administración Pública, en cuanto a las formas jurídicas de derecho privado de la Administración Pública descentralizada funcionalmente, regula tres sujetos de derecho específicos: las sociedades mercantiles del Estado, a las fundaciones del Estado y a las asociaciones civiles del Estado.

Tratándose de personas jurídicas de derecho privado, estos entes se rigen por la legislación ordinaria, particularmente, la establecida en el Código Civil y en el Código de Comercio, salvo lo establecido en la propia Ley Orgánica (Arts. 106, 112, 113 y 114)³⁹⁶.

a. *Las empresas del Estado*

El artículo 100 de la Ley Orgánica define a las empresas del Estado como las sociedades mercantiles en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente regulados en la Ley Orgánica, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al 50% del capital social³⁹⁷. Conforme a dicha Ley, tanto la República, como los estados, los municipios y los distritos metropolitanos, pueden por tanto constituir sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, incluso como únicos accionistas (Art. 103).

La creación de las empresas del Estado debe ser autorizada respectivamente por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, los Gobernadores y los Alcal-

395 V. Jesús Caballero Ortiz, *Los Institutos Autónomos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1985.

396 La Ley Orgánica, en consecuencia, derogó parcialmente el Decreto Ley n° 677 de 21-6-85 que estableció las "Normas sobre las Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado y el control de los aportes públicos a las instituciones privadas". V. en *Gaceta Oficial* n° 3.574 *Extraordinaria* de 21-6-85. V. en general, Allan R. Brewer-Carías, "El régimen de las fundaciones en el Decreto n° 41 de 14-12-84" en *Revista de derecho Público*, n° 20, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, pp. 96 y ss.

397 V. Allan R. Brewer-Carías, *Régimen de las empresas públicas en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981.

des según corresponda, mediante decreto o resolución de conformidad con la ley (Art. 101).

Las empresas del Estado adquieren la personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en el registro mercantil correspondiente a su domicilio, donde se debe archivar un ejemplar auténtico de sus estatutos y de la Gaceta Oficial de la República o del medio de publicación oficial correspondiente donde aparezca publicado el decreto que autorice su creación (Art. 101). Además, conforme al artículo 102 de la Ley Orgánica, todos los documentos relacionados con las empresas del Estado que conforme al Código de Comercio tienen que ser objeto de publicación, deben publicarse en la Gaceta Oficial de la República o en el correspondiente medio de divulgación oficial de los estados, de los distritos metropolitanos o de los municipios.

Corresponde al ministro u órgano de adscripción, nacional, estatal, del distrito metropolitano o municipal respectivo, ejercer, según corresponda, la representación del órgano respectivo en la asamblea de accionistas u órganos correspondientes de las empresas del Estado que se encuentren bajo su tutela (Art. 120).

En los casos de empresas del Estado nacionales, estatales, de los distritos metropolitanos o municipales con un único accionista, el artículo 104 de la Ley Orgánica dispone que los derechos societarios podrán ser ejercidos, según sea el caso, por la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios o los entes a que se refiere la Ley Orgánica, que sea titular de las acciones en forma unilateral, sin que ello implique el incumplimiento de las disposiciones pertinentes del Código de Comercio ni las relacionadas con la publicación a que se refiere esta Ley.

b. *Las fundaciones del Estado*

Conforme al artículo 108 de la misma Ley Orgánica de la Administración Pública, son fundaciones del Estado los patrimonios afectados a un objeto de utilidad general, artístico, científico, literario, benéfico, social u otros, en cuyo acto de constitución participe la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere esta Ley, siempre que su patrimonio inicial se realice con aportes del Estado en un porcentaje mayor al 50% (Art. 108). Dos son, por tanto, las condiciones para que una fundación pueda considerarse como fundación del Estado: por una parte, que se constituya por un ente público y por la otra, que en el patrimonio fundacional *inicial* haya aporte del Estado mayor al 50% del mismo. Ambas condiciones deben cumplirse acumulativamente.

La creación de las fundaciones del Estado también debe ser autorizada respectivamente por el presidente de la República en Consejo de Ministros, los gobernadores, los alcaldes, según corresponda, mediante decreto o resolución (Art. 109).

Las fundaciones del Estado adquieren personalidad jurídica conforme al artículo 19 del Código Civil con la protocolización de su acta constitutiva en la oficina subalterna de registro correspondiente a su domicilio, donde se debe archivar un ejemplar auténtico de sus estatutos y de la Gaceta Oficial de la República o del medio de publicación oficial estatal o municipal correspondiente donde aparezca publicado el decreto o resolución que autorice su creación.

En el acta constitutiva de las fundaciones del Estado se debe indicar el valor de los bienes que integran su patrimonio, así como la forma en que deben ser dirigidas y administradas (Art. 111).

El acta constitutiva, los estatutos y cualquier reforma de tales documentos de las fundaciones del Estado deben ser publicados en la Gaceta Oficial de la República o en el respectivo medio de publicación oficial, estatal o municipal, con indicación de los datos correspondientes al registro (Art. 110).

Corresponde al ministro u órgano de adscripción nacional, estatal, del distrito metropolitano o municipal respectivo, ejercer, según proceda, la representación del órgano respectivo en los órganos correspondientes de las fundaciones del Estado que se encuentren bajo su tutela (Art. 120).

c. Las sociedades civiles del Estado (nacionales)

El artículo 113 de la Ley Orgánica de la Administración Pública define a las asociaciones y sociedades civiles del Estado como aquéllas en las cuales la República o algún ente descentralizado funcionalmente nacional posea el 50% o más de las cuotas de participación, y aquéllas cuyo monto se encuentre conformado en la misma porción, por aporte de los mencionados entes, siempre que tales aportes hubiesen sido efectuados en calidad de socio o miembro. La Ley Orgánica, por tanto, no regula las sociedades civiles del Estado que puedan constituir los estados, municipios o distritos metropolitanos.

La creación de las asociaciones y sociedades civiles del Estado debe estar autorizada por el presidente de la República mediante decreto, o a través de resolución dictada por el máximo jerarca del ente descentralizado funcionalmente, que participe en su creación (art. 114). El acta constitutiva de las sociedades civiles del Estado debe indicar el valor de los bienes que integran su patrimonio, así como la forma en que serán dirigidas y administradas (arts. 114 y 111).

Las sociedades civiles del Estado adquieren personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en la Oficina del Registro Subalterno correspondiente a su domicilio, donde se debe archivar un ejemplar auténtico de sus estatutos y de la Gaceta Oficial de la República, donde aparezca publicado el decreto que autorice la creación (art. 114). El acta constitutiva y estatutos de las sociedades civiles del Estado debe ser publicado en la *Gaceta Oficial de la República*, con indicación de los datos de registro (arts. 114, 110).

4. La descentralización política o descentralización territorial y las formas de Estado: el caso de Venezuela

Como se dijo, las formas de Estado están íntimamente vinculadas al proceso de descentralización política o territorial, que consiste en la distribución vertical del poder público entre entes territoriales, y en la transferencia de competencias cuando se realizan desde entes de carácter político territorial hacia alguna otra de las personas jurídicas de derecho público de carácter político-territorial, como por ejemplo, en la federación venezolana desde la República hacia los Estados o los Municipios, o desde los Estados hacia estos últimos.

En este campo, en principio, la distribución de competencias la hace la propia Constitución, lo que condiciona la forma del Estado, al establecer la distribución del poder público en sentido vertical o territorial y la consecuente autonomía a nivel de los Estados y Municipios. Por ello, sin perjuicio del interés que el derecho administrativo tiene en esta descentralización, su regulación básica corresponde al derecho constitucional. Por otra parte, la misma Constitución también consagra el principio de la descentralización administrativa hacia los estados y municipios³⁹⁸.

En el caso de Venezuela, como se ha dicho, sigue la forma de la federación, respecto de la cual el artículo 136 de la Constitución de 1999 organiza al Estado mediante un sistema de “división vertical”³⁹⁹ del Poder Público en tres niveles: Nacional, Estatal y Municipal, atribuyendo su ejercicio a diversos órganos y asignando competencias exclusivas en los tres niveles, además de las competencias concurrentes entre ellos.

Se trata, sin duda, de una forma de limitación del poder en el Estado constitucional de derecho, tal y como lo identificó hace unos años la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, al señalar en sentencia n° 1819 de 8 de agosto de 2000 (Caso: *René Molina vs. Luis Miquelena*), lo siguiente:

La Constitución de 1999, limita el poder mediante la difusión de la autoridad tanto en el plano horizontal como en el vertical. Esto es, prefigura una distribución horizontal y vertical del Poder Público en la cual sus creadores proveyeron con relación al *thema decidendum* que nos ocupa, la *distribución* del Poder Público en Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional y, la división del Poder Público Nacional en Poder Legislativo, Poder Judicial, Poder Electoral y Poder Moral.

Esta limitación del poder por el poder mismo fundada en el temor a su excesiva concentración, persigue su sometimiento a la regla de derecho, limitando su actuación a las específicas atribuciones y funciones consagradas en la Ley provocando así salvaguardia contra la tiranía y la libertad de los ciudadanos, lo cual se recoge expresamente en los artículos 136 y 137.⁴⁰⁰

En la Constitución de 1999, incluso contrariamente a lo que establecía la Constitución de 1961, se formuló expresamente este principio de la distribución territorial del Poder Público⁴⁰¹, al disponer en su artículo 136 que “El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional”.

398 V. en general, Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005.

399 V. sentencia n° 355 de 11-5-2000, *Revista de Derecho Público*, n° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 342 y ss.

400 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 83, (julio-septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 264 y ss.

401 V. nuestra propuesta para la inclusión de esta norma en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, (*Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente*), Tomo II, (9 septiembre-17 octubre de 1999), Caracas, 1999, pp. 161 a 164.

A. La distribución vertical de competencias

a. *La distribución constitucional*

En el caso venezolano, el 156 de la Constitución define las competencias que corresponden a la República en ejercicio del Poder nacional; el artículo 165 del mismo texto constitucional enumera las competencias exclusivas de los Estados, en ejercicio del Poder Estatal; y el artículo 178 de la misma Constitución atribuye directamente a los municipios una serie de competencias que son las llamadas materias concernientes a la vida local.

Por otra parte, el artículo 184 dispone que la ley debe crear mecanismos abiertos y flexibles para que los estados y municipios descentralicen y transfieran servicios locales a las comunidades y grupos vecinales organizados. Una norma similar es la contenida en el artículo 157 de la Constitución, que establece que la Asamblea Nacional por mayoría de sus integrantes, puede atribuir a los municipios o a los estados determinadas materias de la competencia nacional a fin de promover la descentralización.

En esta forma, la República en ejercicio del Poder Nacional puede atribuirle a los estados y municipios determinadas materias que sean de la competencia nacional, para promover la descentralización, lo que sucedió por primera vez con la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989⁴⁰², en la cual se establecieron las bases para un proceso de descentralización territorial de la República hacia los estados que conforman la Federación, siendo esta quizás la reforma más importante que desde el punto de vista político se dictó en las últimas décadas del siglo XX⁴⁰³.

Además de éstas, existen otras normas que establecen algunas orientaciones en materia de descentralización. Por ejemplo, en materia impositiva, el artículo 167,5 establece como ingresos de los estados, los impuestos, tasas y contribuciones especiales que se le asignen por ley nacional con el fin de promover el desarrollo de las haciendas públicas estatales. Esta sería otra forma de descentralización prevista en la Constitución, específicamente en materia tributaria.

De lo anterior puede concluirse que la propia Constitución consagra la descentralización política o territorial, al establecer la posibilidad, para los órganos del Poder Nacional, de transferir competencias a los estados y municipios; competencias éstas adicionales a las que ya tienen, en virtud de las normas de la propia Constitución.

402 V. Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, (*Gaceta Oficial Extra*. n° 4.153 de 28-12-1989), reformada en 2003 (*Gaceta Oficial* n° 37.753 de 14-08-2003). V. Allan R. Brewer-Carías et al., *Leyes para la descentralización política de la Federación*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995.

403 V. *Gaceta Oficial* n° 4.153, *Extraordinario* de 28-12-89. V. Allan R. Brewer Carías, *Problemas del Estado de Partidos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988.

b. *La definición del ámbito de la descentralización territorial hacia los Estados de materias de competencia concurrente*

La Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989, en efecto, estableció en primer lugar, la pauta para la descentralización de competencias que si bien en la Constitución se regulan como concurrentes (competencias atribuidas a la vez a la República y a los estados), por el proceso de centralismo que se ha producido en Venezuela desde comienzos del siglo pasado, fueron asumidas por el Poder Nacional. En esa forma, el artículo 4 estableció que “en ejercicio de las competencias concurrentes que establece la Constitución” y conforme a los procedimientos previstos en la propia Ley, “serán transferidos progresivamente a los estados los siguientes servicios que actualmente presta el Poder Nacional”:

- 1° La planificación, coordinación y promoción de su propio desarrollo integral, de conformidad con las leyes nacionales de la materia.
- 2° La protección de la familia, y en especial del menor.
- 3° Mejorar las condiciones de vida de la población campesina.
- 4° La protección de las comunidades indígenas atendiendo a la preservación de su tradición cultural y la conservación de sus derechos sobre su territorio.
- 5° La educación, en los diversos niveles y modalidades del sistema educativo, de conformidad con las directrices y bases que establezca el Poder Nacional.
- 6° La cultura en sus diversas manifestaciones, la protección y conservación de las obras, objetos y monumentos de valor histórico o artístico.
- 7° El deporte, la educación física y la recreación.
- 8° Los servicios de empleo.
- 9° La formación de recursos humanos, y en especial los programas de aprendizaje, capacitación y perfeccionamiento profesional; y, de bienestar de los trabajadores.
10. La promoción de la agricultura, la industria y el comercio.
11. La conservación, defensa y mejoramiento del ambiente y los recursos naturales.
12. La ordenación del territorio del Estado de conformidad con la Ley Nacional.
13. La ejecución de las obras públicas de interés estatal con sujeción a las normas o procedimientos técnicos para obras de ingeniería y urbanismo establecidas por el Poder Nacional y Municipal, y la apertura y conservación de las vías de comunicación estatales.
14. La vivienda popular, urbana y rural.
15. La protección a los consumidores, de conformidad con lo dispuesto en las leyes nacionales.
16. La salud pública y la nutrición, observando la dirección técnica, las normas administrativas y la coordinación de los servicios destinados a la defensa de las mismas que disponga el Poder Nacional.
17. La investigación científica; y,
18. La defensa civil.

A los efectos de este proceso de transferencia de competencias, que no es otra cosa que un proceso de descentralización política, el artículo 5 de la Ley estableció un procedimiento basado en “convenios” a ser celebrados entre la República y el estado respectivo, por órgano, respectivamente, del Ministro de Relaciones Interiores (artí-

culo 34) y del correspondiente gobernador. Dichos convenios y, por tanto, el proceso de transferencia de competencias puede realizarse tanto a iniciativa del gobernador del estado respectivo, como a iniciativa del Ejecutivo Nacional⁴⁰⁴.

En este primer caso, por tanto, la Ley Orgánica nacional no realizó por sí misma un proceso de descentralización política desde el nivel nacional hacia los estados, sino que definió un ámbito de competencias concurrentes en el cual puede producirse una descentralización, la cual en todo caso no será uniforme. Puede efectuarse en determinadas materias, en ciertos estados y en otros no, y la iniciativa puede partir tanto del Ejecutivo Nacional como del gobernador de un estado. Se trata por tanto, de una descentralización “a la carta” en la cual se escogen las materias a descentralizar, sea por el Ejecutivo Nacional sea por los gobernadores, y el proceso cristaliza en un “convenio” sometido a diversas aprobaciones, entre ellas, la del Senado y la de la Asamblea Legislativa respectiva.

c. *La descentralización territorial hacia los Estados de materias de la competencia nacional*

Pero en segundo lugar, la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, en aplicación del artículo 137 de la Constitución de 1961, equivalente al artículo 157 de la Constitución de 1999, resolvió directamente la descentralización de una serie de competencias atribuidas al Poder Nacional, disponiendo en su artículo 11 que “se transfiere a los estados la competencia exclusiva” en las siguientes materias:

1° La organización, recaudación, control y administración del ramo de papel sellado;

2° El régimen, administración y explotación de las piedras de construcción y de adorno o de cualquier otra especie, que no sean preciosas, el mármol, pórfido, caolín, magnesita, las arenas, pizarras, arcillas, calizas, yeso, puzolanas, turbas, de las sustancias terrosas, las salinas y los ostrales de perlas, así como la organización, recaudación y control de los impuestos respectivos. El ejercicio de esta competencia está sometido a la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio y a las leyes relacionadas con la protección del ambiente y de los recursos naturales renovables;

3° La conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras, puentes y autopistas en sus territorios. Cuando se trate de vías interestadales, esta competencia se ejercerá mancomunadamente, a cuyos efectos se celebrarán los convenios respectivos;

4° La organización, recaudación, control y administración de los impuestos específicos al consumo, no reservados por Ley al Poder Nacional; y

5° La administración y mantenimiento de puertos y aeropuertos públicos de uso comercial.

Sin embargo, a pesar de la transferencia que se ordenaba en la norma, la materialización de la misma sólo operó en cada estado, cuando éstos asumieron dichas competencias por ley especial dictada por las respectivas Asambleas Legislativas. Hasta tanto ello no ocurriera, en cada estado, la Ley Orgánica dispuso que se mantendría vigente el régimen legal que existía en diciembre de 1989. (Párrafo único, artículo 11).

404 V. Informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993. Memoria del Dr. Allan R. Brewer-Carías, Ministro de Estado para la descentralización, Caracas, 1994.

B. La autonomía política o territorial

Tal como se ha señalado, la mayor autonomía en la descentralización se da en la de carácter político-territorial, en particular, en el caso de la federación venezolana, en relación con los estados y municipios. En ellos, la autonomía territorial lleva implícita la autonormación, la autonomía tributaria, la autonomía política y la autonomía administrativa.

En la descentralización territorial, en efecto, toda vez que se trata de una descentralización política, existe un mayor grado de autonomía, la cual por lo demás se prevé en la Constitución, al consagrar en el artículo 159 que los estados son entidades autónomas e iguales en lo político; y, en el artículo 168, que los municipios constituyen la unidad primaria de la organización nacional, y gozan de autonomía aun cuando “dentro de los límites de esta Constitución y de la ley”. Esto implica, en todo caso, que no hay control de tutela del poder central hacia los estados y municipios. En concreto, en relación con los municipios, el mismo artículo 168 de la Constitución, prevé que los actos de los municipios no pueden ser impugnados sino por ante los tribunales competentes, de conformidad con la Constitución y con la ley, que no son otros que los de la jurisdicción contencioso administrativa o de la jurisdicción constitucional. Por tanto, no pueden ser impugnados ante el Poder Ejecutivo Nacional.

Por lo tanto, el Poder Nacional no puede controlar a la administración político-territorial, salvo en la forma autorizada en la Constitución (vía judicial).

Ahora bien, en *primer lugar*, los entes territoriales tiene autonomía normativa, en el sentido de que por ejemplo en la federación venezolana, los estados pueden dictar su propio ordenamiento jurídico, pues corresponde a los Consejos Legislativos respectivos “Legislar sobre las materias de la competencia estatal” (artículo 162,1). En el campo municipal, los concejos municipales, como autoridades legislativas en los municipios (Art. 175) pueden dictar las Ordenanzas Municipales, es decir, dictar las leyes que van a regular la comunidad en el ámbito municipal, por supuesto, en las materias que son propias de la vida local. Estas están asignadas a los municipios dentro del sistema de descentralización propio del sistema federal.

Ahora bien, este sistema de distribución de competencias puede dar origen a conflictos entre la autoridad nacional, la autoridad estatal y la autoridad municipal, por invasión mutua de competencias. En particular, ha sido frecuente la invasión de los entes municipales en el campo tributario reservado al Poder Nacional, correspondiendo a la jurisdicción constitucional su solución, sea mediante el control de la constitucionalidad de las leyes y ordenanzas, sea mediante la resolución de las controversias constitucionales que se susciten entre los tres niveles de gobierno (Art. 336 de la Constitución).

En todo caso, la consecuencia de esa autonomía normativa es que los actos de los estados y municipios sólo pueden ser revisados, por la autoridad judicial y particularmente por los órganos de la jurisdicción constitucional (Sala Constitucional del Tribunal Supremo, Art. 336,2) y de la jurisdicción contencioso administrativa (artículos 259). A tal efecto, la Constitución dispone en su artículo 168 que los actos de los municipios no pueden ser impugnados, sino por ante los órganos jurisdiccionales, de manera que no hay instancia de revisión alguna entre un acto municipal y las autoridades ejecutivas nacionales.

En *segundo lugar*, otro elemento de la autonomía propia de la descentralización territorial es la autonomía tributaria. En Venezuela, sin embargo, a nivel de los estados, ésta no está establecida expresamente, sino que deriva de las transferencias que haga el Poder Nacional conforme al artículo 167,5 de la Constitución.

En cuanto a los municipios, también gozan de autonomía tributaria conforme a la cual pueden crear impuestos y tienen sus ingresos propios dentro del ámbito de las competencias propias de la vida local. Esta autonomía tributaria da origen a una potestad tributaria propia de los municipios para crear impuestos a las actividades económicas (patentes de industria y comercio), a los inmuebles urbanos y a los espectáculos públicos, etc. (art. 179, Constitución).

En todo caso, estados y municipios, en el ejercicio de la autonomía tributaria, están sometidos a las limitaciones establecidas en el artículo 183 de la Constitución.

En *tercer lugar*, la descentralización política conlleva la autonomía política que en el mismo caso de la federación venezolana, en los estados se manifiesta en el hecho de que sus autoridades deben ser electas, es decir, no son designadas por el nivel nacional. En cuanto a los legisladores miembros de los Consejos Legislativos, éstos siempre han sido elegidos por votación universal, secreta y directa (artículo 162 de la Constitución); y en cuanto a los gobernadores, a partir de 1989 han sido electos por votación popular, universal, directa y secreta conforme a la Ley de elección y remoción de los Gobernadores de Estado de 1988 (reformada en 1989), dictada en ejecución de lo previsto en el artículo 22 de la Constitución de 1961. El artículo 160 de la Constitución de 1999 en todo caso establece que los gobernadores son elegidos por mayoría de las personas que voten.

Por supuesto, los municipios tienen también autonomía política, porque el municipio elige sus propias autoridades, tanto a los alcaldes como a los concejales sin ninguna interferencia de poderes nacionales (arts. 174, 175, Constitución). Por tanto, la descentralización territorial va acompañada de la descentralización política, ya que la entidad local tiene, no sólo autonomía y autoadministración, sino también, autogobierno. Puede elegir y elige, en efecto, sus propias autoridades.

Por último, en *cuarto lugar*, la descentralización territorial también implica autonomía administrativa, en el sentido de que, por ejemplo, los estados tienen dentro de sus competencias “la administración de sus bienes y la inversión y administración de sus recursos, incluso de los provenientes de transferencias, subvenciones o asignaciones especiales del poder Nacional, así como de aquellos que les asignen como participación en los tributos nacionales” (art. 164,3). Esta autonomía, sin embargo, está sometida constitucionalmente a limitaciones derivadas de la posibilidad para el legislador nacional de establecer por ley los principios, normas y procedimientos que propendan a garantizar el uso correcto y eficiente de los recursos provenientes del situado constitucional y de la participación municipal en el mismo (art. 167,4); lo que ha estado regulado mediante el “Plan Coordinado de Inversiones” en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989; y de las potestades de control atribuidas a la Contraloría General de la República (artículo 289 de la Constitución).

Los municipios tienen, también, autonomía administrativa. Constitucionalmente tienen la libre gestión de los asuntos propios de la entidad, y esa libre gestión significa que no hay ni puede haber interferencia de entes nacionales en la Administra-

ción municipal, salvo por lo que respecta a la intervención de la Contraloría General de la República, por autorización de la propia Constitución (art. 235, Constitución).

C. Los límites a la autonomía en la Federación venezolana: la Federación centralizada

Pero la Constitución venezolana, al establecer en el artículo 4 que la República es “Estado Federal descentralizado” dispone que ello es así pero “en los términos consagrados en esta Constitución”.

Y son precisamente “los términos consagrados por la Constitución” los que en relación con la forma del Estado, son la clave para determinar efectivamente el grado de descentralización del Estado y, por tanto, de la Federación. En la Constitución de 1999, en realidad, y salvo en el nominalismo, lamentablemente tenemos que afirmar que no se avanzó mayormente en relación con lo que existía en el texto de 1961⁴⁰⁵, habiéndose sólo constitucionalizado algunos aspectos que ya se habían establecido en la mencionada Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989, la cual, por lo demás, ya tenía rango de ley constitucional en lo que se refería a la transferencia a los Estados de competencias del Poder Nacional⁴⁰⁶.

En realidad, no hubo los avances y transformaciones necesarias para hacer realidad la descentralización de la Federación, como por ejemplo era el cambio necesario en la distribución de los recursos tributarios hacia los Estados; y más bien se retrocedió institucionalmente al eliminarse el Senado y establecerse una Asamblea Nacional Unicameral (art. 186)⁴⁰⁷, y al permitirse la limitación por Ley nacional de la autonomía de los Estados (art. 162) y de los Municipios (art. 168) lo que es negar, de entrada, la idea misma de descentralización política que está basada en el concepto de autonomía territorial, precisamente entre los entes políticos-territoriales.

En consecuencia, la denominación de “Federación Descentralizada” para identificar la forma del Estado es, sin duda, un avance nominal, pero en los términos establecidos en la Constitución, lo que no significa realmente avance alguno, sino consolidación y mantenimiento parcial de reformas que se venían realizando desde 1989, con algunos retrocesos⁴⁰⁸.

405 V. por ejemplo, Rafael J. Chavero Gazdik, “La forma de Estado prevista en la Constitución de 1999 (¿Un canto de sirenas?)”, en *Revista de Derecho Público*, n° 81 (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 29-39.

406 V. Carlos Ayala Corao, “Naturaleza y alcance de la descentralización estatal” en Allan R. Brewer-Carías et al, *Leyes para la Descentralización Política de la Federación*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, pp. 99 y ss; y Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios n° 53, Caracas, 1999, pp. 122 y ss.

407 V., María M. Matheus Inciarte y María E. Romero Ríos “Estado federal y unicameralidad en el nuevo orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela”, en *Estudios de Derecho Público-Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 637-675.

408 V. en general, sobre la forma del Estado como “Federación Descentralizada”, Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 158 y ss.; María V. Espina y Ornella Bernabei Zaccaro, “Nueva estructura del Estado venezolano”, en *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2000, pp. 65-116.

En efecto, en un Estado federal o en todo sistema de distribución política territorial del Poder Público, la autonomía de las entidades territoriales es consustancial al sistema, y esta debe estar establecida como garantía, en la Constitución. Esta autonomía territorial implica no sólo autonomía política (elección democrática de sus autoridades), sino además, autonomía organizativa (organización de sus Poderes Públicos al dictar su Constitución), autonomía administrativa (inversión de sus ingresos), autonomía jurídica (no revisión de sus actos sino por los tribunales), autonomía normativa (regulación legislativa de las materias de la competencia de la entidad) y autonomía tributaria (creación, administración y control de sus tributos); y, en todo caso, que sus límites sólo deberían ser los establecidos en la propia Constitución como garantía de dicha autonomía, razón por la cual la ley nacional, en principio, no debería regular las materias de la competencia exclusiva de los Estados. La Constitución de 1999, sin embargo, en esta materia sólo dispone que los Estados son “entidades políticas autónomas en lo político” (art. 159); y que los Municipios gozan de “autonomía dentro de los límites de esta Constitución y de la ley” (art. 168).

Esta autonomía territorial debería implicar, además, que en el ejercicio de sus respectivas competencias las entidades político territoriales no deberían estar sujetas a relación jerárquica ni a sujeción alguna entre ellas, ni de orden legislativo ni ejecutivo, conforme a lo que garantice la Constitución, salvo las excepciones que expresamente se establezcan en el texto fundamental.

Conforme a la orientación que tenía el texto constitucional de 1961, la Constitución de 1999 establece los principios generales de la organización del Poder Público Estatal, conforme al principio de separación orgánica en dos Poderes: el Poder Legislativo, a cargo de los Consejos Legislativos Estadales cuyos miembros son electos por votación popular, directa y secreta; y el Poder Ejecutivo, a cargo de los Gobernadores, cuya elección se estableció a partir de 1989 (arts. 160; 162). Además, en la Constitución se prevé un órgano del Poder Público estatal con autonomía funcional que es la Contraloría del Estado, la cual puede ser configurada como Poder Contralor (art. 163). En igual sentido, respecto de los Municipios también se establecen los principios generales de la organización del Poder Público Municipal, conforme al principio de separación orgánica en dos Poderes: el Poder Legislativo, a cargo de los Concejos Municipales cuyos miembros son electos por votación popular, directa y secreta; y el Poder Ejecutivo, a cargo de los Alcaldes (Art. 174), cuya elección se estableció a partir de 1989. Además, en la Constitución se prevé un órgano del Poder Público municipal con autonomía funcional, que es la Contraloría municipal (art. 176).

La Constitución venezolana, sin embargo, ha establecido importantes limitaciones a la autonomía de los Estados; y una aún más grave limitación a la autonomía municipal, al circunscribirla no sólo a los límites establecidos en la Constitución, sino a los que pueda establecer la ley (art. 168), lo que es una negación a la misma, al carecer de garantía constitucional.

En cuanto a los límites constitucionales a la autonomía de los Estados, se destacan las siguientes:

En *primer lugar*, las limitaciones a la autonomía organizativa respecto de la organización y funcionamiento de los Consejos Legislativos los cuales debían ser objeto de regulación en las Constituciones que los Estados pueden dictar conforme lo indi-

ca la Constitución Nacional como parte de la organización de sus Poderes Públicos (art. 164,1). A pesar de ello, sin embargo, ha sido la propia Constitución de 1999 la que ha limitado esta autonomía al establecer que una *ley nacional* puede regular “la organización y funcionamiento” de uno de los poderes públicos estatales, como son los Consejos Legislativos Estadales (art. 162). En ejecución de la norma constitucional, la Asamblea Nacional dictó en 2001 la *Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados*⁴⁰⁹ en la cual se ha regulado, en detalle, no sólo las bases y principios del régimen de organización y funcionamiento de los Consejos Legislativos de los Estados, sino las regulaciones referidas a los Legisladores; y más aún, las atribuciones de los Consejos Legislativos y los principios generales para el ejercicio de la “función legislativa” (art. 1), con lo cual la Asamblea Nacional se excedió incluso respecto de lo autorizado excepcionalmente en la Constitución.

En *segundo lugar*, se destacan las limitaciones al ejercicio de las funciones legislativas y de control por parte de los Consejos Legislativos, que la Constitución les asigna (art. 162, 1); lo que se estableció en el propio texto constitucional, por ejemplo, en materia de tributos (arts. 167, 5; y 156, 13). Además, en cuanto a las competencias, las que son de carácter concurrente sólo pueden ejercerse por los Estados conforme a las “leyes de base” que dicte el Poder Nacional (art. 165); y en los otros casos de competencias exclusivas también están sujetos a lo establecido en la ley nacional, como sucede en materia de policía estatal que sólo puede ejercerse conforme a la legislación *nacional* aplicable (art. 164, ord. 6). Pero además, como se indicó, la Asamblea Nacional, sin tener autorización constitucional alguna para regular el ejercicio de la “función legislativa” o la función de control por parte de los Consejos Legislativos de los Estados, en la *Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados* de 2001 estableció con todo detalle todo el procedimiento para la formación de las leyes estatales, lo que debía ser regulado en las Constituciones de los Estados.

En *tercer lugar*, está la limitación a la autonomía organizativa en cuanto al régimen de la organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo estatal y de la Administración Pública de los Estados, el cual está establecido como régimen general en el conjunto de regulaciones constitucionales relativas a la Administración Pública y a la función pública, que se aplican por igual a los tres niveles territoriales de gobierno (arts. 141 y ss.), las cuales, por tanto, escapan de la posibilidad de regulación por los Consejos Legislativos estatales en las Constituciones estatales.

En *cuarto lugar*, también se destacan las limitaciones a la potestad organizativa referida al Poder Ciudadano estatal, es decir, la regulación en las Constituciones estatales de las Contralorías de los Estados, cuyos titulares deben designarse mediante concurso público (art. 163). En esta materia también se ha producido una intolerable y no autorizada limitación a la autonomía organizativa de los Estados, al dictarse por la Asamblea Nacional la *Ley para la Designación y Destitución del Contralor o Contralora del Estado* de 2001⁴¹⁰, con el objeto de establecer los con-

409 *Gaceta Oficial* n° 37.282 del 13 de septiembre de 2001. V. Mariela de Jesús Morales Soto, “El régimen jurídico aplicable a los Consejos Legislativos de los Estados”, *Revista de Derecho Administrativo*, n° 15 (mayo-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 193-205.

410 *Gaceta Oficial* n° 37.303 del 15 de octubre de 2001.

ceptos y procedimientos generales, básicos y orientadores que regulan el proceso de designación y destitución del Contralor (art. 1).

En *quinto lugar*, está la limitación a la potestad organizativa estatal relativo a los Consejos de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas regulados en el artículo 166 de la Constitución. La “ley” conforme a la cual debían funcionar estos Consejos debía ser la que dictase cada Consejo Legislativo Estatal. Sin embargo, en este caso, la Asamblea Nacional también ha dictado la *Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas* de 2002⁴¹¹ con el objeto de crear, organizar y establecer las competencias del Consejo Estatal de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas que debe funcionar en cada Estado, como órgano rector de la planificación de las políticas públicas, a los fines de promover el desarrollo armónico, equilibrado y sustentable (art. 1). En esta materia, de nuevo, se produjo un vaciamiento no autorizado de las competencias legislativas de los Estados, lesionándose su autonomía.

En cuanto a los Municipios, de acuerdo con el artículo 168 de la Constitución, dichas entidades gozan de autonomía “dentro de los límites de esta Constitución y de la Ley”, estableciéndose así una limitación inusitada que hace materialmente nugatoria la autonomía político-territorial, que sólo debería encontrar límites en la Constitución, pero no en la ley⁴¹².

Conforme a esta norma, que no tiene antecedentes en el constitucionalismo del país, la ley (que podría tanto ser nacional como estatal) puede limitar la autonomía municipal, la cual por tanto, perdió su garantía constitucional. Esto lo ha reafirmado, además, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia n° 2257 de 13 de noviembre de 2001, en la cual sentó el criterio de que:

[...] la intención que proyecta la Constitución vigente, no es la de consagrar la autonomía municipal con carácter absoluto sino relativo, es decir, dentro del marco de los principios y limitaciones establecidas en la propia Constitución y en las leyes nacionales y en las leyes estatales habilitadas para desarrollar el contenido de las normas constitucionales, debiendo esas leyes, por sobre todo, conservar y respetar ciertos -principios rectores- establecidos en el Texto Fundamental. Luego, el ámbito de esa autonomía sólo podría ser delimitado con la interpretación unitaria de la red normativa de referencias, sin que pueda afirmarse que alguna de las disposiciones constitucionales se basta a sí misma para dar un cabal concepto de la autonomía municipal, por más esencial que ella sea...

Agregando que

[...] en criterio de esta Sala, la “libre gestión de las materias de su competencia” que garantiza la Constitución a los Municipios, se trata de una **libertad condicionada**, no sólo por las limitaciones que directamente impone el Constituyente sino por todas aquellas que pueda imponer el Legislador Nacional, y los legisladores estatales al ejercicio de la autonomía municipal, de acuerdo con las normas de la propia Constitución y dentro de los límites por ella indicados⁴¹³.

411 *Gaceta Oficial* n° 37.509 del 20 de agosto de 2002.

412 V. José L. Villegas Moreno, “La autonomía local y su configuración en la Constitución venezolana de 1999”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 715-729.

413 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 202 y ss.

La autonomía municipal, por tanto, reducida lamentablemente por la Sala Constitucional a ser sólo una “libertad condicionada”, en términos generales y conforme al mismo artículo 168 de la Constitución, comprende, lo siguiente: 1. La elección de sus autoridades; 2. La gestión de las materias de su competencia; y 3. La creación, recaudación e inversión de sus ingresos⁴¹⁴; pero con las siguientes precisiones establecidas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia n° 670 de 6-7-2000 (Caso: *Impugnación Ordenanza sobre Contribución por Consumo de Cerveza, Municipio San Carlos, Estado Cojedes*):

Así las cosas, debe pronunciarse esta Sala sobre el alcance de la autonomía municipal. Sobre este particular, la entonces Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, en sentencia del 13 de noviembre de 1989, caso: *Herberto Contreras Cuenca*, señaló lo siguiente:

La Constitución confiere autonomía normativa limitada a las Municipalidades, entendida ella no como el poder soberano de darse su propia ley y disponer de su existencia, que sólo le corresponde a la República de Venezuela, sino como el poder derivado de las disposiciones constitucionales de dictar normas destinadas a integrar el ordenamiento jurídico general, en las materias de su competencia local, incluso con respecto a aquellas que son de la reserva legal; circunstancia ésta que ha dado lugar a que la jurisprudencia de este Supremo Tribunal haya otorgado carácter de “leyes locales” a las ordenanzas municipales. En cuanto al valor normativo de esas fuentes de derecho emanadas de los Municipios, en algunos casos se equiparan a la Ley Nacional, supuestos en los cuales se da una relación de competencia, mientras que en otros deben subordinarse a las leyes nacionales y estatales, supuestos en los cuales se da una relación de jerarquía normativa, todo ello según lo predispuesto en el texto constitucional.

La Constitución atribuye autonomía financiera y tributaria a los Municipios dentro de los parámetros estrictamente señalados en su artículo 31, con las limitaciones y prohibiciones prescritas en los artículos 18, 34 y 136 del mismo texto constitucional, derivadas de las competencias del Poder Nacional, a fin de garantizar la autosuficiencia económica de las entidades locales. No obstante, la Constitución sujeta a la Ley nacional y a las leyes estatales, el aporte que reciben las Municipalidades, por intermedio de los Estados, del Poder Nacional, al cual se denomina Situado Constitucional. Por lo que respecta a los límites de la autonomía tributaria municipal, su ejercicio debe supeditarse a los principios de la legislación reglamentaria de las garantías constitucionales, que corresponden al Poder Nacional, ya que la legalidad tributaria es una garantía ligada al surgimiento mismo del Estado de Derecho.

Reiterando el criterio sentado en la referida sentencia, estima esta Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, que en el ordenamiento constitucional que entró en vigencia como consecuencia de promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se mantienen los límites de la autonomía tributaria municipal a que dicha decisión alude, siendo los mismos, aquellos que se deriven de las competencias que en materia tributa-

414 Como lo ha señalado la Sala Constitucional en la otra mencionada sentencia n° 618 del 2 de mayo de 2001: “Esa autonomía municipal contiene tres aspectos, a saber: a) Político: en tanto se autogobierna por la elección de sus autoridades por parte de los ciudadanos que conviven en su jurisdicción, mediante los mecanismos democráticos previstos en la Constitución y la ley; b) Normativo: en el sentido de que tienen capacidad para dictar su propio ordenamiento jurídico en las materias que le han sido atribuidas constitucionalmente, sean estas materias exclusivas o concurrentes con otro ente político-territorial (República y Estados); y, c) Financiero: toda vez que la Constitución precisó las distintas fuentes de ingresos con las que cuenta el gobierno municipal para llevar a cabo su gestión, teniendo la posibilidad de invertir dichos ingresos según las prioridades que determine la realidad de cada Municipio, sin injerencia del Poder Nacional y Poder Estatal, con la excepción de la inversión de los ingresos provenientes del Situado Constitucional, puesto que estos se invierten coordinadamente con planes desarrollados por los Estados” *Idem*, p. 199.

ria ostentan las otras personas político territoriales que conforman el modelo federal del Estado Venezolano⁴¹⁵.

Además, conforme lo establecía la Constitución de 1961, el artículo 168 de la Constitución de 1999 dispone que los actos de los Municipios no pueden ser impugnados sino ante los tribunales competentes, de conformidad con la Constitución y la ley; por lo que no pueden ser revisados, en forma alguna, por los órganos del Poder Nacional ni de los Estados.

En todo caso, debe enfatizarse el señalamiento de que la autonomía municipal, tradicionalmente garantizada en la propia Constitución, conforme al espíritu centralizante de la Constitución, ahora se encuentra interferida al señalarse que los Municipios gozan de la misma, no sólo “dentro de los límites” establecidos en la Constitución, sino en la ley (Art. 168), con lo cual el principio descentralizador básico, que es la autonomía, quedó minimizado.

La federación venezolana, por tanto, no es un adecuado ejemplo de un efectivo sistema de descentralización política que pueda servir de orientación para el desarrollo de sistemas de distribución del poder en otros países. Incluso, más descentralizado es el Estado unitario descentralizado colombiano que el Estado federal venezolano⁴¹⁶.

Pero antes de referirnos a las exigencias que impone la realidad democrática contemporánea en América Latina en torno a la forma del Estado y la descentralización política, conviene tratar de fijar los antecedentes político-constitucionales de los sistemas latinoamericanos de distribución vertical del poder, que como en todos los aspectos medulares del constitucionalismo, se sitúan en los aportes que legaron al mundo moderno las revoluciones francesa y norteamericana del Siglo XVIII.

III. LOS ANTECEDENTES DE LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER EN LAS REVOLUCIONES DEL SIGLO XVIII.

La distribución vertical del poder público, al igual que su separación horizontal, fueron los instrumentos revolucionarios que permitieron la sustitución constitucional del Estado Absoluto e, incluso, de la forma monárquica y consecuentemente centralizada y centralizante que lo acompañó, por el Estado Moderno. Ello se inició a partir de 1776, con motivo del proceso de independencia de las Colonias inglesas de Norteamérica, con el invento de la forma federal del Estado, de manera de poder unir políticamente los territorios de las antiguas colonias que nunca antes habían estado unidas. En Francia, por su parte, aún sin la sustitución de la forma monárquica la cual inicialmente se mantuvo, la Revolución sin embargo condujo a la creación de otro nivel de distribución territorial del poder (distinto del nivel intermedio de la

415 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 83, (julio-septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 199 y ss.

416 V. Allan R. Brewer-Carías, *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva)*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, n° 7, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 2001.

Revolución norteamericana, mediante la configuración del poder municipal y el gobierno local⁴¹⁷.

1. La Federación en el proceso de constitucionalización de la Unión Norteamericana

En efecto, paralelamente al proceso de independencia de las Colonias Americanas a partir de 1776 y a su configuración como Estados libres, cada una con su Constitución y su *Bill of Rights*, también surgió la necesidad de una “Confederación” o Unión de dichas Colonias, lo que no sólo era necesaria para conformar una unión política, sino que era indispensable a los efectos de la conducción de la guerra contra Inglaterra. De allí la adopción por el Congreso, el 15 de noviembre de 1777, de los “*Artículos de la Confederación*” considerados como la primera Constitución Americana⁴¹⁸, en el cual se creó una confederación y unión perpetua entre Estados, cuyo objetivo era la defensa común, la seguridad de sus libertades y el mutuo y general bienestar, en un sistema conforme al cual cada Estado permanecía con su soberanía, libertad e independencia, y titular de cualquier poder, jurisdicción y derecho no delegado expresamente a los Estados Unidos en Congreso.

El resultado fue que el único cuerpo de la Confederación era el Congreso, en el cual cada Estado tenía un voto. Consecuentemente, la Confederación carecía de poder impositivo directo, dependiendo por ello, desde el punto de vista económico, exclusivamente de las contribuciones de los Estados; carecía de un cuerpo ejecutivo y sólo tenía una forma de organización judicial embrionaria. A pesar de dichas debilidades, sin embargo, la Confederación tuvo éxito en conducir la guerra durante 7 años, hasta finalmente triunfar.

En todo caso, luego de la victoria y la firma del Tratado de Paz de 1783, la precaria estructura de la Confederación provocó la necesidad de establecer un poder central que lograra la integración nacional, a cuyo efecto fue convocada una Convención Federal, con el único y expreso objetivo de revisar los artículos de la Confederación. Esto condujo, en 1787, a la sanción por el Congreso, de la Constitución de los Estados Unidos, como resultado de una serie de compromisos entre los componentes políticos y sociales de las Colonias independientes: entre federalistas y anti-federalistas; entre los grandes y los pequeños Estados; entre los Estados del Norte y los Estados del Sur; entre esclavistas y antiesclavistas, y entre la democracia y los intereses de las clases dominantes; lo cual condujo finalmente al establecimiento de un sistema de separación de poderes, balanceados y controlados entre sí (*check and balance system*)⁴¹⁹.

Esta Constitución introdujo en el derecho constitucional moderno, dos elementos esenciales que constituyen la mayor contribución al constitucionalismo: en primer lugar, la idea de una Constitución en sí misma, en el sentido de un texto supremo

417 V. Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Caracas, 1991.

418 R.B. Morris, “Creating and Ratifying the Constitution”, National Forum, Towards the Bicentennial of the Constitution, Fall, 1984, p. 9.

419 M. García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, pp. 336-337.

escrito, estableciendo una forma de gobierno; y en segundo lugar, la idea del republicanismo, basada en la representación como ideología del pueblo contra la idea de la Monarquía y de las autocracias hereditarias⁴²⁰.

Los americanos de finales del Siglo XVIII, por tanto, decidieron mediante una Revolución, repudiar la autoridad real y sustituirla por una República. De allí que el republicanismo y el convertir la sociedad política en República, fue la base de la Revolución Americana. Por ello es que la Constitución de 1787 fue adoptada por “el pueblo” (*We the people...*), el cual se convirtió, en la historia constitucional, en el soberano.

La Constitución de 1787, sin embargo, sólo se concibió, básicamente, como un documento *orgánico* regulando la forma de gobierno, es decir, la separación de poderes entre los órganos del nuevo Estado: horizontalmente, entre los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y verticalmente, como Estados Unidos, en un sistema federal. A pesar de los antecedentes coloniales e, incluso, a pesar de las propuestas formuladas en la Convención, la Constitución de 1787 no contuvo una Declaración de Derechos, excepto por lo que se refiere al derecho a un gobierno representativo. La protesta de los oponentes al nuevo sistema federal que establecía, sin embargo, llevó a los antifederalistas, durante el proceso de ratificación de la Constitución que duró hasta 1789 (pues al menos nueve Estados debían ratificar la Constitución en sus respectivas Asambleas Legislativas), a proponer la adopción de las primeras *Diez Enmiendas* a la Constitución. Ello condujo a que, el 25 de septiembre de 1789, sólo un mes después de sancionada la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano por la Asamblea Nacional francesa, el primer Congreso de los Estados Unidos propusiera a las Asambleas Legislativas de los diversos Estados, dichas primeras Diez Enmiendas al texto constitucional, llamada “Declaración de Derechos” (*Bill of Rights*), las cuales fueron ratificadas por las Asambleas Legislativas de los Estados de Nueva Jersey, Maryland, y de los Estados de Carolina del Norte, el mismo año 1789; (de Carolina del Sur, Nueva Hampshire, Delaware, Pensilvania, Nueva York, Rhode Island, el año 1790; y de Vermont y Virginia, el año 1791. Las diez primera Enmiendas, por tanto, comenzaron a regir en 1791, el mismo año que se promulgó la primera Constitución francesa.

Pero además de la idea de una Constitución como norma suprema, de la Revolución norteamericana también surgió como pilar del Estado moderno, la idea misma de la democracia y del republicanismo basado en el concepto de soberanía del pueblo, con lo que se substituyó definitivamente el viejo principio de la legitimidad monárquica del Estado. La soberanía en efecto, dejó de corresponder a un Monarca, y pasó al pueblo, y por ende, con la Revolución Americana, puede decirse que la práctica del gobierno democrático fue iniciada en el mundo moderno. El mismo principio fue luego recogido en la Revolución Francesa, pero duró en la práctica constitucional muy poco, debido a la restauración de la Monarquía a partir de 1815.

En todo caso, este fue un concepto fundamental en el trabajo de *Tocqueville*, constituyendo incluso, el título de su libro *La democracia en América*⁴²¹, en el cual dijo:

420 G.S. Wood. “The Intellectual Origins of the American Constitutions”, *National Forum*, *cit.*, p. 5.

421 A. de Tocqueville, *Democracy in America*, J.P. Mayer y M. Lerner, eds. London 1969. Las citas en el texto son tomadas de esta edición.

“Cuando se quiere hablar de las leyes políticas de los Estados Unidos, hay que comenzar siempre con el dogma de la soberanía del pueblo”.

Un principio que *de Tocqueville* consideró que “domina todo el sistema político de los angloamericanos”, añadiendo, que:

Si hay algún país en el mundo en que se pueda apreciar en su justo valor el dogma de la soberanía del pueblo, estudiarlo en su aplicación a los negocios jurídicos y juzgar sus ventajas y sus peligros, ese país es sin duda Norteamérica.

A ese efecto consagró su libro, para estudiar precisamente la democracia en Norteamérica. Sin embargo, como se ha visto, es evidente que la democracia se había desarrollado en Norteamérica, tiempo antes de la Independencia, lo que destacó *de Tocqueville* al indicar que su ejercicio, durante el régimen colonial:

Se veía reducido a ocultarse en las asambleas provinciales y sobre todo en las comunas donde se propagaba en secreto... “No podía mostrarse ostensiblemente a plena luz en el seno de las leyes, puesto que las colonias estaban todavía constreñidas a obedecer”.

Por ello, una vez que la Revolución norteamericana estalló:

El dogma de la soberanía del pueblo, salió de la comuna y se apoderó del gobierno. Todas las clases se comprometieron por su causa; se combatió y se triunfó en su nombre; llegó a ser la ley entre las leyes.

De acuerdo con ese dogma de la soberanía del pueblo, cuando este rige en una nación, dijo *de Tocqueville*, “cada individuo constituye una parte igual de esa soberanía y participa igualmente en el gobierno del Estado”.

El título del primer capítulo de la segunda parte del libro de *de Tocqueville*, reza así: de “Cómo se puede decir rigurosamente que en los Estados Unidos es el pueblo el que gobierna”, iniciando el primer párrafo en la siguiente forma:

En Norteamérica el pueblo nombra a quien hace la ley y a quien la ejecuta; él mismo forma el jurado que castiga las infracciones de la Ley. No solamente las instituciones son democráticas en principio, sino también en todo su desarrollo.

Así, el pueblo nombra directamente a sus representantes y los escoge cada año, a fin de tenerlos completamente bajo su dependencia. Es, pues, realmente el pueblo quien dirige y, aunque la forma de gobierno sea representativa, es evidente que las opiniones, los prejuicios, los intereses, y aún las pasiones del pueblo no pueden encontrar obstáculos durables que le impidan producirse en la dirección cotidiana de la sociedad”.

De ello concluía *de Tocqueville* afirmando que “Norteamérica es la tierra de la democracia”.

Pero uno de los principales aspectos a los cuales *de Tocqueville* se refirió en relación a la democracia, fue el relativo a “las causas principales del mantenimiento de la república democrática en el Nuevo Mundo”, afirmando:

Tres cosas parecen contribuir más que todas las demás al mantenimiento de la república democrática en el nuevo mundo:

La primera es la forma federal que los norteamericanos han adoptado, y que permite a la Unión disfrutar del poder de una gran república y de la seguridad de una pequeña.

Encuentro la segunda en las instituciones comunales que moderando el despotismo de la mayoría, dan al mismo tiempo al pueblo el gusto de la libertad y el arte de ser libre.

La tercera se encuentra en la constitución del poder judicial. He demostrado cómo los tribunales sirven para corregir los extravíos de la democracia y cómo sin poder detener jamás los movimientos de la mayoría, logran hacerlos más lentos, así como dirigirlos.

De allí, la relación que *de Tocqueville* estableció entre la democracia y la descentralización o la distribución vertical de los poderes del Estado entre las diferentes unidades político-territoriales, y su afirmación de que los problemas de la “omnipotencia de la mayoría” e incluso la “tiranía de la mayoría”, fuera moderada por la casi inexistencia de centralización administrativa y por la influencia de la profesión legal en Norteamérica.

De Tocqueville, en efecto observó:

No hay en el mundo país donde la ley hable un lenguaje más absoluto que en Norteamérica, y no hay tampoco ninguno donde el derecho de aplicarla está dividido entre tantas manos.

Luego en su libro, enfatizó que “Lo que más llama la atención al europeo que recorre a los Estados Unidos es la ausencia de lo que se llama entre nosotros el gobierno o administración”; agregando, que las funciones son múltiples y “Al repartir así la autoridad, vuélvese, es verdad, su acción menos pesada y menos peligrosa, pero no se la llega a destruir”.

Concluyó su observación destacando que:

El poder administrativo en los Estados Unidos no ofrece en su Constitución nada central ni jerárquico. Es precisamente lo que hace que no se advierta su presencia. El poder existe, pero no se sabe donde encontrar a su representante.

Ahora bien, la distribución de los poderes en sentido vertical, en Norteamérica, puede decirse que no fue producto de un proceso de descentralización, sino más bien, de centralización, en el sentido de que el Municipio, el Condado, y los Estados, existieron primero que el poder central, de manera tal que como lo observó *de Tocqueville*, “la forma de gobierno federal en los Estados Unidos apareció en último lugar”.

En sus propias palabras:

En la mayor parte de las naciones europeas, la preocupación política comenzó en las capas más altas de la sociedad, que se fue comunicando poco a poco y siempre de una manera incompleta, a las diversas partes del cuerpo social.

En Norteamérica, al contrario, se puede decir que la Comuna ha sido organizada antes que el Condado, el Condado antes que el Estado y el Estado antes que la Unión.

Refiriéndose a Nueva Inglaterra, *de Tocqueville* constató que allí las comunidades locales tomaron completa y definitiva forma, desde 1650, señalando en consecuencia que, incluso antes de la Independencia:

En el seno de la Comuna se ve dominar una política real, activa, enteramente democrática y republicana. Las colonias reconocen aún la supremacía de la metrópoli; la monarquía es la ley del Estado, pero ya la república está plenamente viva en la Comuna.

De ahí, desde esta aproximación histórica, deriva la importancia que *de Tocqueville* asignó al gobierno local, como la fuente de la democracia. Son clásicas sus famosas palabras concernientes al gobierno local, bien conocidas y siempre válidas:

En la Comuna es donde reside la fuerza de los pueblos libres. Las instituciones comunales son a la libertad lo que las escuelas primarias vienen a ser a la ciencia; la ponen al alcance del pueblo; le hacen paladear su uso pacífico y lo habitúan a servirse de ella.

Y añadió: “En la Comuna, como en cualquier otra parte, el pueblo es la fuente de los poderes sociales, pero en ninguna ejerce su poder con más intensidad”. Esto es -decía- porque, las instituciones locales, “ejercen una influencia prodigiosa sobre la sociedad entera”. Por ello, concluyó *de Tocqueville* diciendo que “la vida política ha nacido en el seno mismo de las Comunas”.

En lo relativo a la forma federal del Estado, creación del sistema constitucional norteamericano, producto del proceso de centralización política de una sociedad altamente descentralizada, *de Tocqueville* constató su novedad afirmando que:

Esta Constitución, que a primera vista se ve uno tentado a confundir con las constituciones federales que la han precedido, descansa en efecto sobre una teoría enteramente nueva, que se debe señalar como un gran descubrimiento de la ciencia política de nuestros días.

Y de hecho, puede decirse que la forma del “Estado federal” vino a formar parte de la historia con la Constitución norteamericana de 1787, aún cuando las palabras “federal” o “federación” no se usaron en la Constitución. La adopción del esquema federal, en todo caso, no respondió a un esquema previamente concedido, sino a necesidades prácticas: El propósito fue seguir una fórmula que hiciera posible la existencia de Estados independientes compatibles con un Poder Central con suficientes atribuciones para actuar por sí solo en un nivel federal.

Esta nueva forma de Estado, dijo *de Tocqueville*, no podía ser comparada a las confederaciones que existieron en Europa antes de la Constitución norteamericana, principalmente porque el Poder Central en la Constitución Norteamericana, como lo observó, “obra sin intermediario sobre los gobernados, los administra y los juzga por sí mismo, como lo hacen los gobiernos nacionales”.

En Norteamérica, agregó:

[La] Unión tiene por gobernados no a los Estados, sino a simples ciudadanos. Cuando quiere recaudar un impuesto, no se dirige al gobierno de Massachussets sino a cada habitante de Massachussets. Los antiguos gobiernos federales tenían frente a ellos a pueblos; el de la Unión tienen a individuos. No pide prestada su fuerza, la toma por sí misma. Tiene sus administradores propios, sus tribunales, sus oficiales de justicia y su propio ejército.

Luego *de Tocqueville* añadió:

Evidentemente, no es ya ese un gobierno federal; es un gobierno nacional incompleto. Así se ha encontrado una forma de gobierno que no era precisamente ni nacional ni federal; pero se han detenido allí, y la palabra nueva que debe expresar la cosa nueva no existe todavía.

Esta “cosa nueva” es la que precisamente, en el derecho constitucional moderno es conocida como la forma de *Estado Federal*, y aunque *de Tocqueville* admiró su novedad, y además puntualizó sus defectos, claramente observó que no era un producto para la exportación. Dijo, así, que:

La Constitución de los Estados Unidos se parece a las bellas creaciones de la industria humana que colman de gloria y de bienes a aquellos que la inventan; pero permanecen estériles en otras manos.

En este sentido, en su libro, *de Tocqueville* se refirió al caso del sistema federal de México, ya en la década de 1830, pero sus observaciones podrían aplicarse a toda América Latina.

En todo caso, esta organización del Estado Federal, que se configura como uno de los principales rasgos del constitucionalismo norteamericano, fue inmediatamente seguida en Venezuela en 1811, y décadas después, por los grandes países latinoame-

ricos (México, Argentina, Brasil). Sin embargo, debe destacarse que en general, en los estudios de derecho constitucional realizados desde Europa y desde los Estados Unitarios latinoamericanos sobre las instituciones políticas de las Federaciones de América Latina, se observa una incompreensión sobre el federalismo latinoamericano y su origen.

La forma de Estado Federal en nuestros países, debe señalarse que a pesar de la influencia norteamericana, no fue una copia mecánica y artificial de la recién creada forma federal de los Estados Unidos de América que todavía en 1833, como lo observó *de Tocqueville* en su *Democracia en América*, aún no tenía nombre propio. Al contrario, la adopción de la forma federal en América Latina obedeció a la realidad político territorial que nos había legado la colonización española y lusitana, de manera que la Federación vino a ser la solución institucional ideal, en los Estados que la adoptaron, para formar los Estados independientes, particularmente en las áreas coloniales compuestas por una gran extensión territorial (Argentina, México, Brasil, Venezuela) y múltiples demarcaciones territoriales coloniales.

El primer país que adoptó el Federalismo como forma de Estado en el mundo moderno, después de su implantación en los Estados Unidos de Norteamérica, fue Venezuela, al constituirse como Estado independiente de la metrópoli española, y cabe preguntarse: ¿Por qué nuestros constituyentes de 1811 adoptaron la forma federal para constituir el Estado, formado por siete provincias que en 1777 habían sido agrupadas por España en una Capitanía General? La respuesta a esta pregunta está en la constatación del hecho de que en América Latina, España había conformado en la época colonial, un sistema de gobierno y administración altamente descentralizado, organizado en Virreinos, Capitanías Generales, Provincias, Corregimientos y Gobernaciones, como antes había ocurrido con todos los grandes imperios históricos. La provincia así, conforme al concepto romano, era la unidad colonial básica de ultramar, especialmente establecida para el gobierno colonial, hasta el punto de que para la organización político territorial de la propia España peninsular en Provincias, sólo fue en 1830 que se adoptó, pero conforme al modelo napoleónico de Estado centralizado.

Desde comienzos del Siglo XVI, en cambio, la Provincia fue la unidad territorial básica de las colonias en América Latina, conformándose políticamente en torno a centros poblados (política de poblamiento), con sus Cabildos y gran autonomía. Así surgió, en un proceso de 300 años, un sistema de ciudades-Estados coloniales diseminado en todo el territorio latinoamericano.

Al estallar el proceso independentista en 1810, en los Estados latinoamericanos se produjo un proceso similar al que años antes había sucedido en los Estados Unidos, signado por un doble objetivo: por una parte, la independencia en relación a la Metrópoli y por la otra, la unión de las diversas Provincias distantes, aisladas y autónomas que conformaban unidades organizativas superiores. En ese proceso, cabe preguntarse: ¿Cuál era la forma de Estado que podían adoptar nuestros países, de entre los esquemas existentes en el mundo?

No debe olvidarse que el mundo europeo del momento, lo único que mostraba, como forma de Estado, era el Monárquico, siendo éste el sistema de integración tanto de grandes como de pequeñas entidades territoriales. Por ello, la revolución de independencia en América Latina se inició contra la Monarquía, siendo inconcebible que se pudieran construir los nuevos Estados inventando un régimen monárquico

criollo (quedaron como excepciones, sin embargo, los “imperios” de los Estados más extensos territorialmente, Brasil y México, de corta duración). No habiendo Monarquías, por tanto, el esquema de distribución vertical del poder propio de la forma federal, resultaba perfectamente adecuado a nuestras realidades y a nuestra dispersión territorial, como fue el caso de Venezuela que adoptó este modelo.

En efecto, como se ha dicho, al momento de la Independencia, el sistema español había dejado en el territorio de las nuevas Repúblicas un sistema de poderes autónomos provinciales y ciudadanos, hasta el punto de que la Declaración de Independencia la realizan los Cabildos en las respectivas provincias, iniciándose el proceso en el Cabildo de Caracas el 19 de abril de 1810. Se trataba, por tanto, de construir un Estado en territorios disgregados en autonomías territoriales descentralizadas en manos de Cabildos o Ayuntamientos coloniales⁴²².

Por ello, al convocar elecciones, en 1810, para la constitución de un Congreso General, la Junta Suprema de Caracas lo hizo partiendo del supuesto de que había “llegado el momento de organizar un Poder central bien constituido”, preguntándose en su proclama:

¿Cómo se podrían de otro modo trazar los límites de las autoridades de las Juntas provinciales, corregir los vicios de que también adolece la Constitución de éstas, dar a las provincias gubernativas aquella unidad sin la cual no puede haber ni orden, ni energía; consolidar un plan defensivo que nos ponga a cubierto de todas clase de enemigos; formar, en fin, una confederación sólida, respetable, ordenada, que restablezca de todo punto la tranquilidad y confianza, que mejore nuestras instituciones y a cuya sombra podamos aguardar la disipación de las borrascas políticas que están sacudiendo al universo?.

El Congreso General, en consecuencia, y esa era la voluntad política, en definitiva dictó en diciembre de 1811, la “Constitución Federal para los Estados de Venezuela”.

Pero el Poder Central Federal constituido, como había sucedido inicialmente en los Estados Unidos, estaba estructurado con grandes signos de debilidad, estando el poder fundamental en las Provincias constituidas como Estados soberanos. Esta debilidad ya la había apuntado *de Tocqueville*, en su observación sobre el sistema norteamericano.

En efecto, en contraste con los Estados centralizados de Europa y la concentración nacional del poder político, *de Tocqueville* señaló, que entre el “más funesto de todos los vicios que considero como inherente al sistema federal mismo, es la debilidad relativa del gobierno de la Unión”, añadiendo que “una soberanía fraccionada será siempre más débil que una completa”⁴²³.

Esta debilidad referida a la forma del Estado federal, una vez adoptada en la Constitución venezolana de 1811, seis meses después de la Declaración de Independencia, siempre se ha considerado que fue una de las principales causas del fracaso de la Primera República en 1812. De allí, la afirmación definitiva del Libertador Simón Bolívar en una carta al Gobernador de la Provincia de Barinas, el 12 de agosto de

422 V. Allan R. Brewer-Carías, “Estudio preliminar”, *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1997, texto que se sigue en las páginas siguientes.

423 V. Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, México, 1973.

1813: “Jamás la división de poder ha establecido y perpetuado gobiernos; sólo su concentración ha infundido respeto para una nación”⁴²⁴.

Simón Bolívar, en la línea de pensamiento que luego manifestó *de Tocqueville*, durante toda su vida fue un crítico amargo contra la forma del Estado federal y su adopción en Venezuela, y siempre abogó por una forma concentrada del poder del Estado⁴²⁵.

En 1812, por ejemplo, apenas caída la Primera República, en su famoso *Manifiesto de Cartagena*, escrito un año después de la sanción de la Constitución Federal, expresó:

Lo que debilitó más el Gobierno de Venezuela fue la forma federal que adoptó, siguiendo las máximas exageradas de los derechos del hombre, que autorizándolo para que se rija por sí mismo, rompe los pactos sociales, y constituye a las naciones en anarquía. Tal era el verdadero estado de la Confederación. Cada Provincia se gobernaba independientemente; y a ejemplo de éstas, cada ciudad pretendía iguales facultades alegando la práctica de aquéllas, y la teoría de que todos los hombres y todos los pueblos gozan de la prerrogativa de instituir a su antojo el gobierno que les acomode... El sistema federal, bien que sea el más perfecto y más capaz de proporcionar la felicidad humana en sociedad, es, no obstante, el más opuesto a los intereses de nuestros nacientes Estados⁴²⁶.

Ahora bien, frente al esquema federal, el Libertador propugnaba una forma de Estado centralizada. Por ello afirmaba, en el mismo *Manifiesto de Cartagena*:

Yo soy de sentir que mientras no centralicemos nuestros gobiernos americanos, los enemigos obtendrán las más completas ventajas; seremos indefectiblemente envueltos en los horrores de las disensiones civiles, y conquistados vilipendiosamente por ese puñado de bandidos que infestan nuestras comarcas ... no son naciones poderosas y respetadas sino las que tienen un gobierno central y enérgico⁴²⁷.

Posteriormente, en 1815, en su famosa *Carta de Jamaica*, insistió el Libertador en sus críticas al sistema federal al constatar que:

Así como Venezuela ha sido la República americana que más se ha adelantado en sus instituciones políticas, también ha sido el más claro ejemplo de la ineficacia de la forma democrática y federal para nuestros nacientes estados⁴²⁸.

Y posteriormente en 1819, expresaba en su *Discurso de Angostura*:

Cuanto más admiro la excelencia de la Constitución Federal de Venezuela, al tanto más me persuado de la imposibilidad de su aplicación a nuestro estado⁴²⁹.

424 V. el texto en *Escritos del Libertador*, Tomo V, Caracas, p. 24

425 V. Allan R. Brewer-carías, “Ideas centrales sobre la organización el Estado en la Obra del Libertador y sus Proyecciones Contemporáneas” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n° 95-96, enero-junio 1984, pp. 137-151, trabajo del cual se han tomado las referencias que siguen.

426 V. el texto en Simón Bolívar, *Escritos Fundamentales*, Caracas, pp. 61 y 62

427 V. en *Escritos del Libertador*, Sociedad Bolivariana de Venezuela, Caracas, Tomo V, *cit.*, p. 24.

428 *Idem.*, p. 97

429 *Idem.*, p. 120

“El magnífico sistema federativo”, decía:

[N]o era dado a los venezolanos ganarlo repentinamente al salir de las cadenas. No estábamos preparados para tanto bien; el bien como el mal, da la muerte cuando es súbito y excesivo.

Y agregaba:

Horrorizado de la divergencia que ha reinado y debe reinar entre nosotros por el espíritu sutil que caracteriza al gobierno federativo, he sido arrastrado a rogaros para que adoptéis el centralismo y la reunión de todos los Estado de Venezuela en una República sola, e indivisible⁴³⁰.

Este criterio político del Libertador a favor del centralismo lo va a acompañar hasta el fin de sus días. Así lo vemos expuesto en 1829, en una carta que envía desde Guayaquil a su antiguo edecán general Daniel Florencio O'Leary, al calificar al sistema federal, como “una anarquía regularizada, o más bien es la Ley que prescribe implícitamente la obligación de disociarse y arruinar el Estado con todos sus individuos”; lo que lo llevó a afirmar rotundamente:

Yo pienso que mejor sería para la América adoptar el Corán que el gobierno de los Estados Unidos, aunque es el mejor del mundo...⁴³¹.

A pesar de la clara posición del Libertador sobre el sistema federal, éste, sin embargo, no sólo se impuso en Venezuela en la Constitución de 1830, sino después de las guerras federales, en la Constitución de 1864. Otros países latinoamericanos siguieron también el modelo federal y otros optaron, sin embargo, por el modelo unitario.

Debe destacarse, por otra parte, que si bien *de Tocqueville* fue también un crítico de la forma federal del Estado, elogió los efectos beneficiosos de la descentralización política y del gobierno local, como características del sistema americano. Dijo:

Los partidarios de la centralización en Europa, sostienen que el poder gubernamental administra mejor las localidades de lo que ellas mismas podrían hacerlo; esto puede ser cierto cuando el Poder Central es ilustrado y las localidades no tienen cultura, cuando es activo y ellas son inertes, cuando tienen la costumbre de actuar y ellas la de obedecer.

Pero cuando el pueblo es ilustrado, consciente de su propio interés, y acostumbrado a pensar por sí mismo, como lo había visto en Norteamérica, dijo:

Estoy persuadido por el contrario, de que en ese caso la fuerza colectiva de los ciudadanos será siempre más poderosa para producir el bienestar social que la autoridad del gobierno.

Finalmente señaló que:

Las ventajas políticas que los norteamericanos obtienen del sistema de descentralización, me lo hacen preferir al sistema central... lo que más admiro en Norteamérica, no son los efectos administrativos de la descentralización, son sus efectos políticos. En los Estados Unidos, la patria se siente en todas partes. Es venerada desde la Aldea hasta la Unión.

Al comparar la situación con Europa, concluía:

Sólo los pueblos que tienen escasa o ninguna institución provincial niegan su utilidad; es decir, que aquellos que no conocen esa institución son los únicos que hablan mal de ella.

430 *Ibidem.*, p. 140.

431 *Ibidem.*, pp. 200 y 201.

El esquema colonial español en América Latina, sin haber logrado la autonomía de las colonias inglesas en Norteamérica, producto de la inexistencia de un esquema global de organización territorial manejado desde la Metrópoli, como si lo hubo en España (Casa de Contratación de Sevilla, Virreinos, Audiencias, Capitanías Generales, Provincias, Gobernaciones, y Corregimientos), sin embargo, provocó el desarrollo de una intensa vida municipal en los Cabildos compuestos en su mayoría por criollos. Fueron, así, los Cabildos los que hicieron la independencia y los que la proclamaron.

En efecto, el 19 de abril de 1810, fue el Cabildo de Caracas el que asumió el poder político autonómico, y el que inició la revolución independentista. Y no podía ser otra que la institución política colonial que asumiera en ese momento facultades soberanas, pues dentro del contexto histórico político, se trataba de cuerpos realmente representativos de los diversos estratos sociales libres que reflejaban legítimamente los derechos populares.

Recuérdese que el Cabildo de Caracas en 1810, inicia la revolución de independencia y asume el poder político local, con sus Diputados por el clero, el pueblo y por el gremio de los pardos con voto libre en las discusiones y con los mismos derechos que los otros miembros, lo cual le dio un carácter representativo inicial. Pero la Revolución de independencia surgió, también, de un Cabildo participativo, pues fue el pueblo en definitiva el que rechazó el mando al Capitán General Emparan. Después de reiniciada la sesión del Ayuntamiento el 19 de abril de 1810, provocada en parte por la concentración de vecinos en las inmediaciones de las Casas Consistoriales, ante su pregunta dirigida al pueblo amotinado desde el balcón de la Casa Capitular, como se recoge en el Acta de la Sesión, de “si quería que continuase en el ejercicio del Poder”, el pueblo respondió por la voz de los conjurados, “no lo queremos”, por lo cual quedó aquél despojado, en el acto “de la autoridad que investía, e interrumpida y protestada así la dominación de España en Venezuela”. De este hecho deja constancia el Acta respectiva así: “notificaron al pueblo su deliberación, y resultando conforme en que el mando supremo quedase depositado en este Ayuntamiento”.

Venezuela, como República independiente, tuvo así, su origen en un Cabildo representativo y participativo, por lo que en su estructuración política posterior, en las Constituciones Provinciales a partir de 1812, se reguló en forma detallada el Poder Municipal.

2. El Poder Municipal en el proceso de constitucionalización de la Revolución Francesa

Ese Poder Municipal, en todo caso, tuvo su origen en la revolución Francesa, iniciada en 1789, trece años después de la Revolución Americana; en el que se consolidó la asunción del poder por una Asamblea Nacional que se enfrentó al Rey Luis XVI, y adoptó la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, y asumió la reorganización del Estado.

Al contrario de la Revolución Americana, que tuvo por resultado un proceso de construcción de un nuevo Estado que surgía de entre un conjunto de Colonias que habían tenido su desarrollo político lejos de la Metrópoli inglesa; en el caso de Fran-

cia, en cambio, la brusca transformación que se operó tenía por marco político constitucional el de la Monarquía, y se produjo dentro de la propia estructura estatal propia del absolutismo, con el objeto de sustituir, dentro del mismo Estado, un sistema de gobierno por otro distinto. Por supuesto, como sucede con toda Revolución, ello no estaba totalmente planificado, pero visto retrospectivamente, ese fue el resultado⁴³².

La revolución política en Francia, sin embargo, puede decirse que se había iniciado el año anterior con la convocatoria de los *États Généraux*. Con ello puede decirse que se puso fin, por la propia Monarquía, al gobierno absoluto, al aceptar el Rey compartir el gobierno y el poder con un cuerpo de Diputados electos que asumirían el Poder Legislativo, que hasta ese momento era ejercido por el propio Monarca. Por tanto, realmente, el 5 de julio de 1788, al convocarse y al fijarse la fecha de los *États Généraux*, el Rey habría dictado la sentencia de muerte del Antiguo Régimen, de la Monarquía Absoluta, y de su propia vida.

Los *États Généraux*, hasta 1614, habían constituido una Asamblea de las tres órdenes de la sociedad francesa: la nobleza, el clero y el resto o *Tiers*; tres órdenes que tenían, cada una, un voto. Por tanto, los asuntos recibían tres votos y cada orden votaba por separado, con lo cual las clases privilegiadas, la nobleza y el clero, siempre dominaban y se imponían, porque tenían dos votos frente al *Tiers Etat*.

Ahora bien, aceptadas y acordadas por el Rey en 1788 la convocatoria de *États Généraux*, la agitación política se volcó respecto a otro aspecto que era el más importante: la forma de la convocatoria y la forma de funcionamiento de dicha Asamblea, es decir, sobre la forma del voto en el sentido de si debía ser o no separado, y la forma en que debían reunirse las órdenes, en cuanto al número de sus representantes. El *Parlement* de París, incluso, que era el principal instrumento de la aristocracia, dictó una declaración el 21 de septiembre de 1788 indicando la forma elegida: cada orden tendría igual representación y voto separado. Con ello, sin duda, la aristocracia había triunfado, pero también había iniciado la verdadera revolución.

En realidad, el Rey había convocado los Estados Generales, pero nadie sabía, después de 175 años de inactividad de estas Asambleas, cómo era que funcionaban, en el sentido de determinar la forma de elección de los representantes y la forma de voto. Sólo el Rey podía decirlo, y no lo dijo⁴³³. La imprecisión, incluso, había llevado a un hecho curioso antes de la declaración del *Parlement*, y fue la aceptación, por el Monarca, de la propuesta de su ministro *de Brienne* de convocar a un “concurso académico” invitando “a todos los sabios y demás personas instruidas del Reino, y en particular, a quienes componen la Academia de Bellas Letras, a dirigir a su Señoría, el Ministro de Gracia y Justicia, toda clase de informes y memorias sobre esta cuestión”.

De Tocqueville en sus papeles inéditos, señaló sarcásticamente, que “Ni más ni menos era como tratar la Constitución del país como una cuestión académica y sacarla a concurso”. Y así fue. En el país más literario de Europa, por supuesto, una

432 V. Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1976) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Caracas, 1991.

433 Alexis De Tocqueville, *Inéditos sobre la Revolución*, (trad. de Notes et Fragments inédites sur la Revolution), Madrid, 1989, p. 86.

petición de ese tipo, en un momento de efervescencia política, provocó una inundación de escritos y de papeles. Todos deliberaron, todos reclamaron y pensaron en sus intereses y trataron de encontrar en las ruinas de los antiguos *États Généraux*, la forma más apropiada para garantizarlos. Este movimiento de ideas originó la lucha de clases, y propició la subversión total de la sociedad. Por supuesto, los antiguos *États Généraux* muchas veces, fueron olvidados, y la discusión se tornó hacia otras metas y en particular, a identificar el Poder Legislativo, a la separación de Poderes, a nuevas formas de gobierno, y a las libertades individuales. La inundación de escritos provocó una subversión total de las ideas, y en ese proceso, los escritos de *Montesquieu* y *Rousseau* fueron fundamentales.

Como se dijo el propio *Parlement* también expresó su forma propia de pensar respecto a la forma de reunión de los *États Généraux*, en el sentido que debían reunirse igual que en 1614, es decir, cada orden un voto y votos separados, con lo cual siempre las clases privilegiadas iban a mantener el control de la Asamblea. Con ello, el *Parlement* perdió definitivamente su pretensión de ser portavoz de libertades. *De Brienne* había cesado y ya *Necker*, de nuevo, estaba al frente de la Intervención General de Finanzas. Frente a la declaración del *Parlement*, hubo múltiples reacciones panfletarias, signadas por la reacción del *Tiers*, y según lo señala *de Tocqueville*, el Rey le respondió:

Nada tengo que responder a mi Parlement sobre sus súplicas. Es con la Nación reunida con quien concertaré las disposiciones apropiadas para consolidar para siempre el orden jurídico y la propiedad del Estado⁴³⁴.

En esta forma, Luis XVI expresaba que era con la Nación con quien iba a consultar, y la Nación estaba representada, precisamente, en los *États Généraux*. Con ello, el Rey, materialmente, consumó la Revolución, al renunciar al Gobierno Absoluto y aceptar compartirlo con los *États Généraux*. Con ello, el Rey había firmado su condena y la del Antiguo Régimen.

En cuanto a los *Parlements*, *de Tocqueville* resume su suerte así:

Una vez vencido definitivamente el poder absoluto y cuando la Nación no necesitó ya un campeón para defender sus derechos, el Parlement volvió de pronto a ser lo que antes era: una vieja institución deformada y desacreditada, legado de la Edad Media; y al momento volvió a ocupar su antiguo sitio en los odios públicos. Para destruirlo, al Rey le había bastado con dejarle triunfar⁴³⁵.

Los estamentos u órdenes habían estado juntos en el proceso antes descrito, pero vencido el Rey y convocados los *Estados Generales*, la lucha por el dominio de los mismos entre las clases comenzó, y con ello empezó a surgir la verdadera figura de la Revolución.

Así, la discusión que se centró sobre los *Estados Generales* fue respecto de quién debía dominar esta Asamblea. Los *Estados Generales*, como se dijo, no se habían reunido en Francia desde hacía 175 años (los últimos, en 1614), por lo que, como instituciones, no eran sino un vago recuerdo. Por ello, frente al esquema tradicional defendido por el *Parlement* y la aristocracia de que cada orden tenía un voto y las tres órdenes votaban por separado, con lo cual las clases privilegiadas tenían dos

434 *Idem.*, p. 81.

435 *Idem.*, p. 83.

votos sobre uno, el punto esencial de la propaganda política general que fue defendido por la burguesía, planteaba que debía haber un doblamiento de los miembros del *Tiers Etat* en relación a los otros dos estamentos, y que el voto debía ser por cabeza de diputado y no por orden.

Ese fue el motivo central del debate público del Partido Patriótico y de toda la literatura escrita: el *Tiers Etat* debía tener, entonces, el doble de los diputados que a los otros, es decir, igual a los de la nobleza y el clero sumados, y el voto debía ser por cabeza de diputado y no por orden por separado, con lo cual había posibilidad de tener un voto igual entre nobleza y clero y el *Tercer Estado*, dejando de dominar la Asamblea los dos primeros.

Como se dijo, la cuestión política fundamental se situó, entonces, en quién habría de dominar los *Estados Generales*, por lo que la lucha entre los estamentos se desató; multiplicándose los escritos contra los privilegios, la violencia contra la aristocracia, y la negación de los derechos de la nobleza. La igualdad natural, que había sido tema difundido por la propia nobleza en sus ratos de ocio, se convertiría en el arma más terrible dirigida contra ella, prevaleciendo la idea de que el gobierno debía representar la voluntad general, y la mayoría numérica debía dictar la Ley. Por ello, la discusión política giró en torno a la representación del *Tercer Estado*, en el sentido de si debía o no ser más numerosa que la concedida a cada uno de los otros dos estamentos (nobleza y clero).

El 5 de diciembre de 1788, el Consejo Real decidió que el *Tercer Estado* tuviera un número igual a la suma de los otros dos estamentos, con lo que los duplicó. El Consejo Real, sin embargo, no se pronunció, por la forma del voto, si era por cabeza de diputado o por orden y por separado. Era evidente que aun cuando se doblara el número de los diputados del *Tiers Etat*, si el voto seguía siendo por orden, por separado, seguiría triunfando la aristocracia que tendría dos votos sobre uno de las clases no privilegiadas. Esto era, sin duda, primordial.

Por ello, el proceso político pre-revolucionario estuvo signado entonces por una revolución aristocrática que luego se volcó contra sí misma: la aristocracia, para defender sus privilegios frente al Rey, provocó por medio de los *Parlements* la convocatoria de los *États Généraux*, y por tanto, la disminución del poder absoluto de la Monarquía. Para ello, incluso, se alió a la burguesía. Sin embargo, al defender posteriormente la integración tradicional de los *États Généraux*, que favorecía sus intereses y aseguraba sus privilegios, provocó la ruptura de su alianza con el *Tiers*. Por ello, el triunfo del *Tiers* en los *États Généraux* significó el fin de la aristocracia, que fue, en definitiva, la primera víctima de la Revolución que ella misma había comenzado desde 1787.

Ahora bien, aún sin resolverse el problema del voto, en enero de 1789 se publicó el Reglamento de Elecciones de los diputados, que estableció un sistema de elección indirecta, de dos grados en el campo y de tres grados en la ciudad. Las elecciones se realizaron en más de 40.000 circunscripciones o asambleas electorales en todo el país, que despertaron políticamente a Francia, produciéndose una movilización completa de la población y despertando emociones populares. En todas las Asambleas locales se formularon los tradicionales cuadernos de reivindicaciones y peticiones (*cahiers des doléances*). En esa forma, todos los diputados, de todo el país, llegaron a *Versalles* en abril de 1789, cargados de peticiones y requerimientos de la nobleza, del clero y el pueblo, signadas por reacciones contra el absolutismo que

buscaban limitar los poderes del Rey; por el deseo de una representación nacional a la que le correspondiera votar las leyes impositivas y en general, hacer las leyes; y por el deseo general de igualdad. Toda la efervescencia política, sin duda, se concretó en estos cuadernos de reivindicaciones, que a la usanza de los tradicionales *États Généraux*, los diputados debían entregar al Rey el día de su instalación.

Como previsto, el 5 de mayo de 1789 fueron inaugurados oficialmente por el Rey los *États Généraux* y la discusión inicial se concretó respecto de cómo se iban a instalar, pues ello no había sido resuelto en la convocatoria real: si en una asamblea las tres órdenes juntas o si en tres asambleas separadas.

La burguesía urbana y profesional había acaparado la mayoría de los escaños entre los diputados del *Tercer Estado*, por lo que dominó las discusiones y las votaciones en las Asambleas, lo que reforzó por la división imperante en los otros dos estamentos. En el mismo mes de mayo de 1789, el *Tercer Estado* insistió en la celebración conjunta de sesiones para considerar la validez de los mandatos de los diputados, negándose a la verificación en forma separada. La nobleza adoptó una posición diametralmente opuesta, considerando la votación separada como un principio de la constitución monárquica, y el clero quedó básicamente dividido.

El mes siguiente, el 6 de junio de 1789, el *Tiers Etat* se reveló, se instaló, e incitó y convocó a las otras dos órdenes a una cesión conjunta, advirtiéndoles que si no asistían, actuaría solo, aún cuando el número de votos por *cabeza* de diputados fuera igual. En este proceso tuvo un papel importante el clero, que si bien era una de las clases privilegiadas de la sociedad estamental, no tenía una composición uniforme: había un alto clero, que formaba parte de la nobleza y había un bajo clero, más cerca de las clases populares y de la burguesía. Por ello, cuando se produjo la convocatoria por parte del *Tiers* a una asamblea general, primero fueron tres, después siete y al final dieciséis diputados del clero que se sumaron al *Tiers Etat*, en lo cual, sin duda, *Sieyès* jugó un papel fundamental.

Este último elemento provocó que la asamblea se constituyera, siendo ello un triunfo del *Tiers*, arrogándose a sí misma el título de Asamblea. *Sieyès*, diputado por el clero, incluso propuso que el título fuera “Asamblea de representantes conocidos y verificados de la Nación Francesa”. En todo caso, no había pasado mes y medio desde la instalación de los *États Généraux*, cuando el 17 de junio de 1789, el *Tiers*, con algunos diputados de las otras órdenes, adoptó la *Declaración de Constitución de la Asamblea*.

Los diputados del *Tiers Etat*, dominados por la burguesía, por tanto, que además eran parte de los *États Généraux*, se erigieron en Asamblea Nacional y se atribuyeron a sí mismos, el poder de legislar y, por tanto, de consentir o no los impuestos. Este fue, sin duda, el primer acto revolucionario del *Tiers*, y de inicio, en 1789, de la Revolución Francesa. Por eso, primero los *Parlements* y luego, los *États Généraux*, son los que hicieron la Revolución.

En junio de 1789, por tanto, Francia vio surgir una Asamblea en la cual la mayoría todopoderosa e incontenible que se atribuía la representación nacional, amenazaba y disminuía el poder real, ya desarmado. Por ello *de Tocqueville* observó que en esa situación “El *Tiers Etat*, dominando la única Asamblea, no podía dejar de hacer, no

una reforma, sino una revolución⁴³⁶, y eso fue lo que hizo. De allí la propia afirmación que deriva del título de la famosa obra de Sieyès *Qu'est-ce que le tiers état?* (¿Qué es el Tercer Estado?)⁴³⁷: El *Tercer Estado* constituye la Nación completa, negando que las otras órdenes tuvieran algún valor.

La Asamblea dictó decretos, incluso sobre la forma de su propia disolución, quitándole poder al Rey sobre ello. Sin embargo, los decretos fueron derogados por el Rey, ordenando que se constituyeran los *États Généraux*, por separado, intimidando con la fuerza al *Tercer Estado*. Así apareció, por primera vez en la Revolución, el elemento popular.

En efecto, el hambre, el aumento del precio del pan por la escasez de cereales, particularmente ese año por razones climáticas; en fin, la pobreza, fue el combustible para la agitación y rebelión del pueblo, estimulado por los diputados del *Tiers État*, para lograr su supervivencia política frente al Rey. Así, la Asamblea, con el apoyo popular, impidió su propia disolución y se impuso al Rey. La turba parisina inclusive, fue en protesta a Versalles y en el Palacio, y llegó a la antesala del Rey. Esto provocó que el Rey ordenase a los otros dos estamentos (nobleza y clero) a sumarse a la Asamblea, por lo que a partir de 27 de junio de 1789, por decisión real, se cambió radicalmente la estructura político-constitucional de Francia y de la Monarquía Absoluta.

En todo caso, tan rápido y violento había sido el proceso de rebelión política y popular, que el Rey había llamado al Ejército para someter a la Asamblea que desobedecía sus órdenes. La Asamblea Nacional, el 9 de julio de 1789 se había constituido en *Asamblea Nacional Constituyente* desafiando nuevamente el poder real. La presencia y acción represiva del Ejército en París produjo la exacerbación popular; el pueblo, bajo la arenga política, buscó armas para defenderse, las cuales obtuvo el 14 de julio en el asalto a la caserna militar de los Inválidos, donde la turba se apertrechó (4 cañones y 34.000 fusiles). En ese proceso de búsqueda de armas, se produjo, ese mismo día, la toma de la Bastilla, prisión del Estado, símbolo de la arbitrariedad real. Allí, sin embargo, además de que no había sino siete detenidos, no había armas.

La revuelta, en todo caso, salvó a la Asamblea Nacional, la cual, reconocida por el Rey e instalada definitivamente después de la toma de la Bastilla, a partir de agosto de 1789, comenzó a cambiar la faz constitucional francesa. El espíritu subversivo se esparció por todas las Provincias, en las cuales los campesinos y los pueblos en armas se sublevaron contra los antiguos señores. La Asamblea Nacional tuvo que prestar atención inmediata al problema del privilegio fiscal, lo que llevó, el 5 de agosto, a que los diputados nobles y del clero renunciaran a sus derechos feudales y a sus inmunidades fiscales.

La Asamblea había recibido el 11 de julio un primer texto de una "Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano", presentado por *Lafayette*. Suprimidas las rebeliones provinciales, dicha Declaración fue sancionada el 26-27 de agosto de 1789, y con ella, la Asamblea aprobó los artículos de una Constitución -19 artículos que preceden la Declaración-, con lo cual se produjo la primera manifestación constitucional de la Asamblea. En efecto, en estos artículos de Constitución, se recogie-

436 *Idem*, p. 92.

437 Sièyes, *Qu'est-ce que le tiers état*, (publicada en enero de 1789), ed. R. Zappeti, Génova, 1970.

ron los principios de organización del Estado: se proclamó que los poderes emanaban esencialmente de la Nación (art. 1^o); que el Gobierno francés era monárquico, pero que no había autoridad superior a la de la Ley, a través de la cual reinaba el Rey, en virtud de la cual podía exigir obediencia (art. 2^o); se proclamó que el Poder Legislativo residía en la Asamblea Nacional (art. 2^o) compuesta por representantes de la Nación libre y legalmente electos (art. 9^o), en una sola Cámara (art. 5^o) y de carácter permanente (art. 4^o); se dispuso que el Poder Ejecutivo residiría exclusivamente en las manos del Rey (art. 16), pero que no podía hacer Ley alguna (art. 17); y se estableció que el Poder Judicial no podía ser ejercido en ningún caso, por el Rey ni por el Cuerpo Legislativo, por lo que la justicia sólo sería administrada en nombre del Rey por los tribunales establecidos por la Ley, conforme a los principios de la Constitución y según las formas determinadas por la Ley (art. 19).

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, sancionada por la Asamblea, fue rechazada por el Rey. Una nueva revuelta popular provocó el traslado de la Asamblea a París, y obligó a la sanción real de la Declaración, el 2 de octubre. La Asamblea conminó al Rey a regresar a París el 5-6 de octubre, y el 2 de noviembre la Asamblea confiscó los bienes de la Iglesia y del clero, que se declararon bienes nacionales. La Asamblea, en pocos meses, hizo la Revolución jurídica, cambió todos los instrumentos que regían la Monarquía y, a partir de finales de 1789, comenzó a configurarse un nuevo Estado, por la voluntad de una Asamblea Legislativa que, el 22 de diciembre, creó los Departamentos como demarcación territorial uniforme del nuevo Estado. Asimismo, antes, por Decreto de 14 de diciembre de 1789 había organizado las municipalidades e institucionalizado el “poder municipal”.

En contraste, el Antiguo Régimen era un régimen político altamente centralizado, en el cual no había poderes locales. Los Intendentes eran la fuente única de poder en las Provincias, y las autoridades locales que podía haber, eran delegados del Intendente, sometidos a su control. No existía, por tanto, un poder municipal ni nada que se le pareciera. Con motivo de las propuestas de reforma impositiva, en 1775, el Ministro *Turgot* había planteado establecer Municipalidades, pero ello no llegó a prosperar⁴³⁸.

En cambio, la Revolución cambió la faz territorial de Francia, y por los Decretos de 14 y 22 de diciembre de 1789 se eliminaron los antiguos reinos y las antiguas e históricas circunscripciones territoriales, estableciendo una uniformización territorial general, al dividir el país en Departamentos, éstos en Distritos, los Distritos en Cantones y éstos en Comunas, que eran las municipalidades, creándose así el Poder Municipal. En cada villa, burgo o parroquia, entonces, se constituyó una municipalidad o una comuna, generalizándose la institución municipal.

En efecto, la creación de Municipios uniformes en todo el territorio de Francia, por tanto, condujo a la sustitución definitiva de las cartas, fueros y privilegios locales, de manera que como lo observó *de Tocqueville*, producto de la Revolución: “Las instituciones deben ser las mismas para todas las partes del territorio y para todos los hombres que los habitan”⁴³⁹.

438 V. Eduardo García de Enterría, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Madrid, 1981, pp. 71 y ss.

439 Alexis de Tocqueville, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Alianza Editorial, Tomo II, Madrid 1982, pp. 99, 201.

Debe insistirse en que las reformas del régimen municipal en Francia precedieron la Revolución, con la creación antes de 1787, a iniciativa de los Ministros de Luis XVI, de las asambleas provinciales junto al Intendente, y en cada pueblo, de un cuerpo municipal electivo que sustituiría a las antiguas asambleas parroquiales, y en la mayoría de los casos, al síndico. Contrario a las costumbres que existían, todos los poderes que se pretendieron crear fueron colectivos, y el intendente fue disminuido en su poder. Todo ello condujo a la parálisis de la administración, y, como bien lo apuntó *de Tocqueville*, “Las asambleas, queriendo mejorarlo todo, acabaron por enredarlo todo”, produciéndose entonces “una de las mayores perturbaciones que haya registrado jamás la historia de un gran pueblo”, en la cual “Cada francés había experimentado una confusión particular. Nadie sabía ya ni a quien obedecer, ni a quién dirigirse”; y terminaba señalando *de Tocqueville*, que “Perdido el equilibrio de las partes que componían la Nación, un último golpe bastó para hacerla oscilar y producir el más vasto trastorno y la más espantosa confusión que hayan tenido lugar jamás”⁴⁴⁰.

La Revolución quiso poner fin a esta situación, y en el mismo año de 1789, la Asamblea Nacional Constituyente definió un nuevo orden municipal uniforme, fragmentado, generalizado y de carácter electivo; el cual en definitiva, si bien complicó aún más la situación de la Administración, puso las bases para el régimen municipal del constitucionalismo moderno.

Comenzó el 4 de agosto de 1789, con un Decreto que declaró irrevocablemente abolidos “todos los privilegios particulares de provincias, principados, cantones, ciudades y comunidades de habitantes, sean pecuniarios o de cualquier otra naturaleza”⁴⁴¹; y al mismo lo siguieron los Decretos de 14 y 22 de diciembre del mismo año 1789. En el primero se dispuso la supresión y abolición de “las Municipalidades existentes en cada villa, burgo, parroquia o comunidad”, con las denominaciones que tuvieran, y se agregó que serían sustituidas por “colectividades locales del reino” tanto en las ciudades como en el campo, con la misma naturaleza y situadas en el mismo plano constitucional, con el nombre común de municipalidad y que tendrían en su cabeza al alcalde.

En el segundo Decreto se dividió el territorio francés de manera uniforme en departamentos, distritos y cantones, suprimiéndose los intendentes, y además se dispuso que “en cada villa, burgo, parroquia y comunidad del campo habrá una municipalidad”⁴⁴². Este principio se consagró luego, expresamente, en la Constitución de 1791, al regular en su título “La división del Reino”, que: “El Reino es uno e indivisible: su territorio se distribuye en 83 Departamentos, cada Departamento en Distritos, cada Distrito en Cantones”.

De ello resultó que en 1791 en la Francia revolucionaria habían 43.915 municipios, que comenzaron a llamarse comunas. Estas entidades municipales, además de las funciones propias de la Administración general que les podían ser delegadas, ejercían el “poder municipal”, concepto que venía de los escritos de Benjamín *Cons-*

440 *Idem.*, p. 197.

441 Luciano Vandelli, *El Poder Local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid 1992, p. 28, nota 10.

442 Albert Soboul, *La révolution française*, Gallimard, París, 1981, pp. 198 y ss.

tant y de las propuestas de reforma del ministro *Turgot* (1775)⁴⁴³, y que luego se arraigaría en el constitucionalismo latinoamericano⁴⁴⁴, de manera que por ejemplo, aparece en Venezuela, a partir de la Constitución de 1857 (artículos 6 y 85).

Con esta división territorial, como lo percibió *Burke* en tiempos de la Revolución: “Es la primera vez que se ve a los hombres hacer pedazos su patria de una manera tan bárbara”; pero *de Tocqueville* acotaría años después, que en realidad, si bien “Parecía, en efecto que se desagarraban cuerpos vivos, ... lo único que se hacía era despedazar cuerpos muertos”⁴⁴⁵. Sin embargo, lo cierto es que el sistema produjo la disolución del Estado al haber estallado Francia en cuarenta mil pedazos, cada uno con una especie de república soberana y anárquica sin nexo alguno con el poder central en construcción.

Por ello, esta reforma sólo duró cinco años, porque al tratar la Revolución de desmontar un sistema tan centralizado como el de la Monarquía Absoluta, en un sistema de división territorial donde se crearon más de 40.000 comunas o municipios, con poderes locales propios, lo que hizo fue desquiciar el Estado, por lo que fue la propia Asamblea la que tuvo, luego, que retroceder en la creación del Poder Municipal.

Por ello, de tal anarquía vinieron las reformas para tratar de controlar la acción municipal desde el poder central, como por ejemplo, al atribuírsele en la Constitución de 1791 poderes anulatorios al Rey, respecto de los actos municipales; al crearse en la Ley del 14 de frimario del año II (4 de diciembre de 1793) unos agentes nacionales directamente conectados al centro (Paris) para ejercer la vigilancia sobre los municipios; y además, al pretender reducir el número de comunas en la Constitución del año III (5 fructuoso, 22 de agosto de 1795), reagrupándoselas en entidades locales, y estableciendo la subordinación de las comunas a las Administraciones departamentales, y éstas a los Ministros.

Pero el torbellino revolucionario que no había cesado, comenzó a producir su propia transformación con el golpe de Estado del 18 de brumario del año VIII (9 de noviembre de 1799), a raíz del cual Napoleón reimplantaré la centralización que se había establecido en el Antiguo Régimen y que había quedado destrozada con la Revolución. Se estableció, así, un esquema de control centralizado sobre las más de 40.000 comunas que fueron restablecidas, creándose un sistema escalonado y jerarquizado de control sobre las mismas, donde serían esenciales las figuras del prefecto y subprefecto dependientes del poder central y controlando a los alcaldes, establecidos en la Ley de 28 pluvioso del año VIII (17 de febrero de 1800)⁴⁴⁶.

443 Eduardo García de Enterría, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Taurus Ediciones, Madrid, 1981, pp. 72, 76, 135.

444 En Venezuela, por ejemplo, aparece a partir de la Constitución de 1857, artículos 6 y 85. V. en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1997, pp. 467 y 475.

445 Alexis de Tocqueville, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Alianza Editorial, Tomo I, Madrid 1982, p. 107.

446 V. Luciano Vandelli, *El Poder Local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid 1992, pp. 29 y ss.; Eduardo García de Enterría, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Taurus Ediciones, Madrid 1981, pp. 107 y ss.; Sandra Morelli, *La Revolución Francesa y la Administración Territorial en Colombia, Perspectivas comparadas*, Universidad Externado de Colombia, 1991, pp. 31 y ss.

La centralización administrativa por el establecimiento de esa rígida cadena institucional que unía: Ministro, Prefecto, Subprefecto y Alcalde, dio origen al llamado control de tutela, que sin duda fue uno de los aportes más importantes a la Administración municipal y local, y a la propia construcción del Estado centralizado. Como lo diría el Presidente *François Mitterand*, casi doscientos años después, al proponer la reforma descentralizadora de 1981: “Francia tuvo que acudir a un poder fuerte y centralizado para hacerse. Hoy necesita un poder descentralizado para no deshacerse”⁴⁴⁷. Esta, entre tantas, fue precisamente una de las motivaciones de la sanción de la conocida Ley francesa de Libertad de las Comunas de 1982⁴⁴⁸.

3. Los principios napoleónicos sobre el Municipio y su influencia en América Latina

Tres principios configuraron el régimen municipal napoleónico: primero, el principio de la creación de un municipio por cada colectividad local -aún de dimensiones mínimas- abarcando desde el pequeño pueblo rural hasta el gran centro urbano; segundo, el principio de la uniformidad e igualdad formal del régimen de los municipios a pesar de la diversidad territorial, geográfica y demográfica de los mismos a lo largo y ancho de los territorios estatales; y tercero, las reglas generales de funcionamiento de la tutela, como instrumento de control sobre las entidades locales. Todo ello configuró un modelo de régimen municipal, que sin duda se extendió por toda Europa⁴⁴⁹.

Hacia Latinoamérica, sin embargo, sólo hicieron la travesía del Atlántico algunos aspectos del régimen de municipalización uniforme, pero ni el primero ni el último de los principios, es decir, el de la generalización de colectividades locales en el territorio y el del control de tutela, llegaron a nuestras costas; y al contrario, desde el inicio del Siglo XIX, no sólo el municipio se ubicó en niveles territoriales muy alejados de los pueblos sino que además, se implantó el principio de la autonomía municipal.

A. El principio de la multiplicidad de municipios en Europa y en particular en España

En efecto, en cuanto al primer aspecto que es el que nos interesa destacar aquí, el de la creación de un municipio por cada colectividad local que existiera en un territorio, con la consecuente fragmentación territorial, puede decirse que el mismo si dejó su impronta en toda Europa; y por ello, por ejemplo, en los años setenta, todavía existían 2.539 Municipios en Bélgica, con una población promedio de 3.600 habitantes, los cuales después de la paradigmática operación quirúrgica realizada en el mapa municipal en 1972, hayan sido reducidos a 589 municipios, ahora con una

447 Citado por Jaime Castro, *La cuestión territorial*, Editorial Oveja Negra, Bogotá 2003, p. 26.

448 Sobre la aplicación de la Ley del 2 de marzo de 1982, V. en general, André Terrazzoni, *La décentralisation a l'épreuve des faits*, LGDJ, Paris 1987

449 V. Luciano Vandelli, *El Poder Local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid 1992, pp. 153 y ss.

población promedio de 16.900 habitantes por municipio. En Alemania Occidental aunque antes de la unificación, de los más de 24.000 municipios que existían, entre 1968 y 1980 habían quedado reducidos a 8.357.⁴⁵⁰; actualmente existen 16.121 Municipios, con un promedio de 5.086 habitantes. En Italia hay 8.104 municipios con un promedio de 7.156 habitantes; y en Suiza hay 3.000 cantones con 2.333 habitantes promedio⁴⁵¹.

En España, la influencia francesa en este aspecto también fue decisiva, por lo que la Constitución de Cádiz de 1812, en efecto, dispondría en su artículo 310 que “Se pondrá Ayuntamiento en los pueblos que no lo tengan, y en que convenga le haya, no pudiendo dejar de haberle en los que por sí o con su comarca lleguen a mil almas, y también se les señalará término correspondiente”; correspondiéndole a los Ayuntamientos, sin embargo, desempeñar sus encargos bajo la inspección de las diputaciones provinciales (Art. 323). Por ello, todo el territorio español también se sembró de municipios, lo que explica la existencia de los 9.245 Municipios que Cirilo Martín Retortillo reseñaba en 1950 en la edición de su recordado libro sobre *El Municipio Rural*⁴⁵²; cifra que ha pasado a los 8.056 municipios actuales, con un promedio de población de 4.825 habitantes. El Municipio que derivó de la influencia francesa, sustituyó así lo que quedaba del municipio de arraigo medieval, con sus fueros, privilegios y cartas-pueblas, particularmente en Castilla y León, con raíces en el proceso de la Reconquista. Esos fueron, a pesar de su progresivo control por la Corona a partir del Siglo XVI, por su arraigo en las ciudades los que condujeron la guerra de Independencia contra la invasión napoleónica. El precio que pagaron por ello, en todo caso, en nombre de la igualdad, fue su uniformización y su multiplicación territorial.

B. El régimen municipal colonial en Latinoamérica: los cabildos provinciales

El Latinoamérica, el municipio colonial también fue el factor fundamental del proceso de Independencia frente a España, de manera que sin lugar a dudas se puede afirmar que también a comienzos del siglo XIX, la Independencia americana la hicieron los Cabildos, de manera que el Municipio, “fue la raíz de la República”⁴⁵³. Ese Municipio también fue radicalmente transformado con el republicanismo constitucional, en forma paralela a la transformación que se estaba operando en la Península, al punto de que por ejemplo se puede leer en la “Constitución para el gobierno y administración de la provincia de Caracas” de enero de 1812, que formaba parte de la Confederación de los Estados de Venezuela creada conforme a la Constitución

450 V. Torsten Sagawe, “La situación de los pequeños municipios en Europa: con especial referencia a la República Federal de Alemania”, en Luis Villar Borla et al, *Problemática de los pequeños Municipios en Colombia ¿Supresión o reforma?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003, pp. 42-43.

451 V. Luciano Vandelli, *El Poder Local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid 1992, pp. 179; Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 139 y ss.

452 V. Cirilo Martín Retortillo, *El Municipio Rural*, Bosch, casa Editorial, Barcelona 1950, p. 139.

453 V. Joaquín Gabaldón Márquez, *El Municipio, raíz de la República*, Academia Nacional de la Historia, Caracas 1977.

de diciembre de 1811 (ambas promulgadas antes que lo fuera la Constitución de Cádiz de marzo de 1812); sobre la división del territorio de la Provincia, uniformemente, en Departamentos, Cantones y Distritos, debiendo tener estos últimos un territorio con aproximadamente 10.000 habitantes⁴⁵⁴.

En las capitales de Distrito se establecieron Municipalidades, así como en muchos de los pueblos entonces existentes, denominándose estas pequeñas Municipalidades como villas. La Municipalidad, así, se concibió inicialmente más como una corporación local electa conforme al principio representativo para la atención de los intereses de la comunidad, que una división uniforme del territorio; por lo que con frecuencia tenían jurisdicción sobre otros pueblos y parroquias⁴⁵⁵.

La uniformización territorial municipal fue posterior y paulatinamente fué arraigándose durante el Siglo XIX en todos los países latinoamericanos, pudiendo decirse que el municipio en Latinoamérica también derivó, en cierta forma de la influencia de la revolución francesa además de la norteamericana, y luego, por supuesto la española de Cádiz. Se substituyó, así, al Municipio colonial indiano, el cual, por lo demás era distinto del que en la época colonial funcionaba en España, pues como bien sabemos, la mayoría de las instituciones americanas antes de la Independencia, fueron concebidas por España especialmente para América o se desarrollaron en el Continente americano en forma distinta a la de España. Ello ocurrió en cierta forma con los Cabildos, que en el mismo momento en que su poder y autonomía era pulverizada por Carlos V en campo de Villamar, al poner fin a la rebelión de los Comuneros de esta tierra castellana, florecieron en América a partir del inicio mismo del poblamiento en lo que se ha denominado una “adaptación regresiva de las instituciones coloniales”⁴⁵⁶.

Los Cabildos americanos en la época colonial, como Cabildos provinciales, con la gran descentralización de que gozaron derivada de la distancia (Recordemos la extraordinaria máxima administrativa colonial: “Se acata pero no se cumple”), incluso tenían poder para designar a los gobernadores en forma interina. Ese privilegio lo reclamaron los cabildantes en Santa Ana de Coro, la primera ciudad fundada en la Provincia de Venezuela en 1528 a la muerte del Gobernador Ambrosio Alfínger en 1533, y fue ejercida sucesivamente por los Cabildos provinciales durante todo el período colonial, confirmada por Real Cédula 1560 y luego por otra Real Cédula de 1676⁴⁵⁷. No es de extrañar, entonces, porqué fueron los Cabildos coloniales los que hicieron la Independencia.

454 Allan R. Brewer-Carías, “La formación del Estado venezolano”, en *Revista Paramillo*, n° 14, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal 1996, pp. 290 y ss.

455 V. el texto de la Constitución provincial de la Provincia de Caracas, en *Las Constituciones Provinciales*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1959, pp. 77 y ss.

456 Laureano Vallenilla Lanz, *Disgregación e Integración, Ensayo sobre la formación de la nacionalidad venezolana*, Segunda edición, Caracas 1953, cit., por Joaquín Gabaldón Márquez, *El Municipio, raíz de la República*, Caracas 1977, p. 66. La obra de Laureano Vallenilla Lanz puede consultarse en Laureano Vallenilla Lanz, *Obras Completas*, Tomo II, (Recopilación de Federico Brito Figueroa y Nikita Harwich Vallenilla), Centro de Investigaciones Históricas, Universidad Santa María, Caracas 1984

457 El privilegio sólo lo perdieron los Cabildos a partir de 1737. V. Joaquín Gabaldón Márquez, *El Municipio, raíz de la República*, Caracas 1977, pp. 73-110; 125-169

C. El municipio republicano en América hispana alejado del ciudadano

El municipio republicano latinoamericano, por otra parte, desarrolló características propias: como dijimos, en nuestros países, se adoptó el uniformismo napoleónico en cuanto a la organización y funcionamiento de las corporaciones locales, pero los otros dos principios que derivaron de la revolución francesa y sus correcciones napoleónicas puede decirse que no se siguieron. Por una parte, en América no se arraigó la institución del control de tutela derivada de la centralización napoleónica, y en cambio si germinaron los conceptos del “poder municipal” y de la “autonomía municipal”, al punto de haber adquirido por ejemplo, rango constitucional a partir de 1857, por ejemplo, en la Constitución de Venezuela de ese año al disponer en su artículo 6° que “El Poder Público se divide para su administración en Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Municipal”, dedicando entonces un Título a regular dicho “Poder Municipal”⁴⁵⁸, cuyo contenido relativo a los asuntos propios de la vida local no era distinto al del Decreto de la Asamblea Constituyente en Francia, de diciembre de 1789.

El otro principio, el de la creación de un municipio por cada colectividad local, es decir, por cada caserío, por cada pueblo, por cada villa o ciudad, tampoco se siguió en América, y de los viejos Municipios provinciales coloniales con territorios amplísimos, se pasó a los alejados municipios republicanos, establecidos en ámbitos territoriales cada vez más y más alejados de los ciudadanos y de sus comunidades, con muy pocas excepciones. Lo cierto, en todo caso, es que por ejemplo, ninguno de los países latinoamericanos, con todos sus enormes territorios y gran población, llegan siquiera a alcanzar el número de Municipios que por ejemplo actualmente tiene una sola Comunidad Autónoma de España, como la Comunidad de Castilla y León, con un territorio minúsculo comparativamente hablando.

El municipio latinoamericano contemporáneo, al contrario, está en el otro extremo y en general ha adquirido un ámbito territorial tan alto y extraño al ciudadano, que hace que no sirva ni para gerenciar adecuadamente los intereses locales ni para servir de instancia de participación política de la ciudadanía en la decisión o gestión de sus propios asuntos comunales.

En todo caso, como se dijo, la idea del Poder Municipal penetró en América Latina, y en 1811, Venezuela recogió sus influencias, al igual que las de la Revolución Americana, siendo como estaba el nuevo estado constituido por provincias aisladas, descentralizadas y con gran autonomía, que venían del esquema colonial español. La forma de unir políticamente aquellas Provincias en un solo Estado, realmente era el esquema federal, por lo que Venezuela lo tomó del federalismo de los Estados Unidos para estructurar el nuevo Estado, en Provincias soberanas (equivalentes a los Estados miembros de la Federación).

Pero además, para organizar internamente a las Provincias, los constituyentes venezolanos tomaron el esquema territorial francés, pero no en el texto de la Constitución de 1811 que organizaba una “confederación”, sino en el de las Constituciones provinciales. No se olvide que conforme a la Constitución de 1811, las Provincias eran “Estados Soberanos”, correspondiéndoles a ellos, en sus respectivas Constitu-

458 V. en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997, p. 475.

ciones, disponer la organización territorial interna. Por tanto, una vez dictada la Constitución de 21 de diciembre de 1811, las Provincias comenzaron a dictar sus Constituciones regulándose en ellas, la organización territorial del país.

Es de destacar, así, por ejemplo, el esquema territorial establecido en la “Constitución de la Provincia de Venezuela” (enero 1811); cuyo territorio comprendía el área central del país, y que dividió la Provincia en cinco Departamentos, los Departamentos en Cantones, los Cantones en Distritos y estableció Municipalidades en las Capitales de Distritos. Se creó así, el Poder Municipal en 1811, en la Constitución Provincial de Venezuela con los aportes de la propia tradición municipal que provenía de España. Sin embargo, desde el punto de vista de la organización territorial, el municipalismo venezolano puede considerarse que no tiene su origen en el español, sino más bien en la concepción francesa, que luego España recogió, con posterioridad, a partir de 1830.

IV. LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA COMO FENÓMENO DEL MUNDO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÁNEO

La idea de la distribución vertical del poder, por tanto, como producto del constitucionalismo moderno, se desarrolló durante los siglos XIX y XX, habiendo condicionado la organización territorial de los Estados con formas de descentralización política que encontraron su manifestación general, en primer lugar, a nivel local, en el régimen municipal; y en segundo lugar, a nivel territorial intermedio, sobre todo en los Estados de gran y compleja extensión, en la forma federal de los Estados, y con posterioridad a la democratización ocurrida después de la Segunda Guerra Mundial, en las nuevas formas de organización regional que se han venido desarrollado en el mundo.

El tema de la descentralización política, por tanto, más allá del federalismo, puede decirse que particularmente en el último cuarto del Siglo XX, comenzó a ser en el mundo contemporáneo un condicionante universal de la organización de los Estados democráticos⁴⁵⁹, pudiendo ubicarse sus antecedentes en los esfuerzos de regionalización que inicialmente se realizaron a partir de la segunda guerra mundial por puras razones económicas o de ordenación del territorio⁴⁶⁰. Por ello, en el mundo occidental, a partir de la década de los cincuenta, fue la conducción de la economía y la planificación las que impusieron la necesidad de la regionalización económica; de manera que en la década de los sesenta y parte de los años setenta los planteamien-

459 V. la Ponencia General que elaboramos para el *XI Congreso Internacional de Derecho Comparado* que se celebró en Caracas, en septiembre de 1982, sobre el tema “La Descentralización Territorial. Autonomía territorial y Regionalización Política”, cuyo texto seguimos en las páginas siguientes, publicada en el libro *El Derecho Venezolano en 1982. Ponencias venezolanas al XI Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Caracas, 1982, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1982, pp. 395 a 485; y en *Revista de Estudios de la Vida Local*, n° 218, Madrid, 1983.

460 V. Allan R. Brewer-Carías, “Regionalization in Economic Matters in Comparative Law”, en *Rapports Généraux au IX Congrès International de Droit Comparé*, Teherán, 27 septiembre - 4 octubre 1974, Bruxelles, 1977, pp. 669 a 696; publicado en español en Cuadernos de la Sociedad Venezolana de Planificación n°s 124-127, Caracas, pp. 49 a 69; y en Allan R. Brewer-Carías y Norma Izquierdo, *Estudios sobre la Regionalización en Venezuela*, Caracas, 1977, p. 193 a 219.

tos subsecuentes fueron de carácter administrativo vinculados al desarrollo regional, produciendo experiencias de regionalización administrativa en todo el mundo.

En cambio a partir de finales de la década de los setenta y comienzos de los ochenta la tendencia reorganizadora del Estado comenzó a caracterizarse por la consolidación de nuevas fórmulas políticas para la descentralización, que resultaron en la sustitución del Estado unitario tradicional, y que sin adoptar la forma federal, han dado origen a la fórmula del Estado Regional. Se pasó así, de la sola desconcentración económica y de la posterior descentralización administrativa, a una nueva forma de descentralización política, en todo caso, como resultado de la crisis actual del Estado centralista.

En todo caso, estas nuevas fórmulas responden a tres fenómenos políticos y constitucionales como son la descentralización territorial, la autonomía territorial y la regionalización política, que giran en torno a una sola idea: la descentralización política.

En efecto, la descentralización territorial es una expresión que se opone a la descentralización funcional. Ambas implican un proceso de distribución de poderes o transferencias de competencias entre diversos sujetos de derecho. Sin embargo, la diferencia entre ambas descentralizaciones radica en que en la territorial, la transferencia de competencias o la distribución del poder se realiza entre personas político-territoriales, que configuran la división político-territorial de un país. La descentralización territorial, por tanto, presupone la existencia de colectividades político-territoriales en un Estado, sea como Estados Miembros de un Estado Federal, sea como Regiones políticas o autónomas en un Estado Unitario descentralizado o sea simples Municipios, como unidades políticas, que pueden ser beneficiarias de la transferencia de competencias o de la repartición del poder.

La descentralización funcional o por servicios, en cambio, se opera como un proceso de transferencia de competencias del Estado Central hacia entidades administrativas autónomas o establecimientos públicos, que siguen siendo parte de la Administración Pública del Estado Central⁴⁶¹. Por eso, la descentralización territorial es siempre una descentralización política y, en cambio, la descentralización funcional es siempre una descentralización administrativa, así se realice esta última mediante la creación de establecimientos, corporaciones o institutos autónomos públicos en Regiones determinadas⁴⁶².

En cuanto a la autonomía territorial, ésta es el resultado de la descentralización territorial, ya que una consecuencia general de la descentralización, tanto administrativa como política, es la autonomía de los entes descentralizados, con mayor o menor grado, según el ámbito de la potestad de autonormarse de dichos entes y el grado de control que pueda subsistir⁴⁶³. Así, la autonomía territorial es la consecuencia de la descentralización política e implica, ante todo, la posibilidad de los entes descen-

461 V. Allan R. Brewer-Carías, *Introducción al estudio de la organización administrativa venezolana*, Caracas, 1978, p. 105.

462 Por ejemplo, las Regiones francesas, establecidas como establecimientos públicos en 1972, y las Corporaciones de Desarrollo Regional, establecidas en las Regiones administrativas venezolanas como institutos autónomos. V. Allan R. Brewer-Carías, "La regionalización en materia económica en el derecho comparado", *loc. cit.*, p. 61.

463 V. Allan R. Brewer-Carías, *Introducción al estudio de la organización...*, *cit.*, p. 108.

tralizados de dotarse a sí mismos de su propio ordenamiento, es decir, el tener determinadas potestades legislativas en la respectiva jurisdicción territorial en las materias de su competencia. Pero siendo una autonomía territorial, ello implica también un principio de autogobierno, consecuencia asimismo de la descentralización política, es decir, que los entes descentralizados eligen a sus órganos políticos representativos. Por ello, en definitiva, la autonomía territorial es el resultado de la descentralización política.

Por último, en cuanto a la regionalización política, como se dijo, esta idea se opone a la regionalización económica o puramente administrativa. La regionalización política implica el establecimiento de colectividades político-territoriales en las Regiones, a base de un principio de representatividad democrática y de autogobierno. Por eso, la regionalización política es asimismo un resultado de la descentralización política en los Estados Unitarios, a base de Regiones. De allí la denominación de Estado Regional para aquellas formas de Estado intermedias entre las clásicas de Estado Unitario y Estado Federal, que se han venido estableciendo sobre la base de Regiones o Comunidades Autónomas.

Por tanto, descentralización territorial, autonomía territorial y regionalización política son elementos de un fenómeno común: la descentralización política de los Estados Nacionales centralizados.

En las líneas que siguen, por tanto, intentaremos estudiar, comparativamente, el proceso de descentralización política como fenómeno contemporáneo, producto de la crisis del Estado centralizado, y sus diversas modalidades, particularmente la del Estado Regional, como fórmula de descentralización política de antiguos Estados Unitarios.

1. La descentralización política como fenómeno y exigencia contemporánea: la crisis del Estado Nacional y de las formas tradicionales: Estado Unitario y Estado Federal

El tema de la descentralización política, como se ha dicho, toca uno de los principios básicos del constitucionalismo moderno: el principio de organización o distribución del poder político en los Estados en forma *vertical*, lo que ha conducido a la forma de los Estados, y entre ellas, a las clásicas formas de Estado -Unitario o Estado Federal. Este principio, como todos los otros que han conformado el constitucionalismo moderno, en muchos casos se ha deformado en la evolución política de los dos últimos siglos, habiendo conducido sobre todo hasta la segunda guerra mundial, a la estructuración del Estado Nacional Centralizado, que la democratización ha hecho entrar en crisis.

En efecto, el Estado Nacional Centralizado, como esquema de organización política del Poder, puede decirse que es un producto del centralismo burocrático, con base en el cual se montó la estructura del Estado de Derecho durante el Siglo XIX y que permitió, sin duda, el desarrollo de las sociedades industriales contemporáneas. Sin embargo, ese esquema, que además fue el que permitió el afianzamiento del intervencionismo y el desarrollo del dirigismo como filosofías de acción política contemporáneas, desde hace ya décadas está en crisis. En su momento cumplió su papel, pero en la actualidad es un esquema que ya no satisface las exigencias crecien-

tes de participación política en una democracia pluralista de las diversas comunidades de un país. Además, por el desarrollo de las sociedades contemporáneas, ya no es un sistema administrativamente eficiente para permitir la satisfacción de las necesidades colectivas y la prestación de los servicios públicos en forma adecuada a las exigencias sociales crecientes⁴⁶⁴.

Política y administrativamente, por tanto, la crisis del Estado Nacional Centralizado, como lo muestran las experiencias políticas comparadas, ha venido originando esfuerzos de descentralización política mediante nuevas formas de organización del poder político incluso en sustitución de las clásicas formas de Estado del siglo pasado, las del Estado Unitario y del Estado Federal. Las mismas se basaban en la diferencia fundamental de que en el primer esquema supuestamente existía un sistema único de instituciones políticas constituyentes de gobierno y, en cambio, que en el segundo esquema supuestamente existía un sistema de múltiples entidades políticas constituyentes y de gobiernos autónomos.

Esta dicotomía clásica, sin embargo, puede decirse que no ha existido nunca en la práctica con criterios y fronteras definidores precisos, de manera que puede decirse que nunca ha existido un Estado Unitario puro sin alguna forma de entes descentralizados, ni ha existido un Estado Federal puro completamente descentralizado. La crisis del Estado Nacional Centralizado ha provocado por ello la crisis, tanto de las formas clásicas del Estado Unitario como de las del Estado Federal, pues ambas han sido el soporte de aquél.

Esta crisis de las formas clásicas de Estado se evidencia en el doble proceso contradictorio que en ellos se ha operado: el Estado Unitario tiende cada vez más a descentralizarse, pero sin llegar al esquema ideal e inexistente del federalismo clásico, y el Estado Federal se ha caracterizado por un creciente proceso de centralismo, sin llegar tampoco al extremo del Estado Unitario, y comenzando a regresar en las últimas décadas hacia nuevas formas descentralizadas.

En todo caso, en toda organización política se operan estas dos fuerzas y movimientos centrípetos y centrífugos, que en cada país, y de acuerdo a las realidades históricas, económicas y sociales, provocan la llegada a un punto de equilibrio. Por ello puede decirse que el signo contemporáneo de la evolución del Estado parece ser el de una convergencia hacia soluciones de organización política descentralizadas similares: los Estados Unitarios tienden a regionalizarse políticamente y las Federaciones, después de haberse centralizado, vuelven a seguir esquemas descentralizados⁴⁶⁵.

Por tanto, en la actualidad puede decirse que la división bipartita clásica entre Estado Unitario y Estado Federal no refleja categorías precisamente definidas de forma de Estado, por lo que resulta inútil, frente a nuevas formas de descentralización

464 Cfr., Eduardo García de Enterría, "Estudio Preliminar", en Eduardo García de Enterría (ed.): *La distribución de competencias económicas entre el Poder Central y las autonomías territoriales en el Derecho Comparado y en la Constitución Española*, Madrid, 1980, p. 14; y Luis Cosculluela Montaner: "Las vertientes del Regionalismo", en R. Calvo y otros: *Las Autonomías Regionales*, Informes al Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1977, p. 215 y ss.

465 Cfr. Pedro de Vega García "Poder Constituyente y Regionalismo", en Gumersindo Trujillo (ed.): *Federalismo y Regionalismo*, Madrid, 1979, p. 355 y ss. Antonio La Pèrgola, "Federalismo y Regionalismo: el caso italiano", *idem*, pp. 168 y ss.

política de Estados tradicionalmente unitarios, plantearse la discusión de si se trata de una forma de Estado Unitario descentralizado o de un Estado Federal, cuando, se insiste, estos esquemas clásicos no existen en sus formas teóricas en la actualidad⁴⁶⁶.

Hoy hay organizaciones políticas más o menos descentralizadas, como esquema de distribución del poder en forma vertical, y dentro de esa gama, sin duda, puede resultar y resulta que Estados Unitarios descentralizados o Estados Regionales estén más descentralizados políticamente que viejos Estados Federales, hoy altamente centralizados.

La Federación, como forma de Estado en la cual se estructura una división vertical del poder político, basada en Entidades territoriales autónomas (Estados miembros) con poderes constituyentes, como se ha dicho, nació como una solución empírica y *ad hoc* de transacción de intereses políticos, que permitió conciliar la autonomía de las antiguas Colonias diseminadas en el extenso territorio del este de los Estados Unidos de Norteamérica, con las exigencias de reforzar la Unión o el Poder Central, para bastarse a sí mismo en la esfera de sus funciones⁴⁶⁷. La evolución posterior de esa nueva forma de Estado, intermedia entre las que eran clásicas para la época, la Confederación de Estados y el Estado Unitario, se va a desarrollar en medio de un proceso político dominado por los dos movimientos políticos mencionados: el centrífugo y el centrípeto, lo cual caracteriza a todas las Federaciones posteriores, con un triunfo a favor de las fuerzas centrípetas, provocando Federaciones centralistas como son la mayoría de las latinoamericanas, con nuevas tendencias hacia la descentralización.

En efecto, a pesar de que la Federación, como fórmula teórica, se ha considerado como un sistema avanzado de descentralización política⁴⁶⁸, en la práctica y en la realidad, las Federaciones contemporáneas son todas relativamente centralizadas.

Por otra parte, no puede decirse que haya un solo y único tipo de Estado Federal. En la actualidad la mayor parte de la superficie de la tierra está regida por Estados con forma federal y son los siguientes: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Brasil, Canadá, Comoros, Etiopía, Emiratos Árabes Unidos, Estados Unidos de Norte América, Filipinas, India, Indonesia, Malasia, México, Micronesia, Nigeria, Pakistán, Rusia, Saint Kitts & Nevis, Serbia y Montenegro, Suiza y Sur África; todos ellos con peculiaridades propias⁴⁶⁹. Por supuesto, el signo común a todas esas estructuras federales concretas es la tensión entre la tendencia al centralismo y la descentralización, observándose siempre la tendencia a

466 Cfr. Juan Ferrando Badía, *El Estado unitario, el federal y el Estado regional*, Madrid, 1978, p. 23.

467 Cfr. M. García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1958, p. 215; J. Reinaldo Vannossi, *doc. cit.* p. 4.

468 Por ejemplo, es clásica la afirmación de Hans Kelsen, "El Estado federal es un Estado que se caracteriza por su descentralización de forma especial y de grado más elevado, que se compone de unidades miembros dominadas por él, pero que poseen autonomía constitucional y participan en la formación de la voluntad federal, distinguiéndose de este modo de todas las colectividades públicas inferiores". V. en su *Teoría general del Estado*. Trad. L. Legaz Lacambra, Barcelona, 1934, p. 225; México, 1954, p. 254. Por su parte, Maurice Duverger, en su libro *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, 1962, afirma que "el federalismo (es) una descentralización muy avanzada", p. 75.

469 Sólo señalaremos que la Federación es la forma política de todos los grandes Estados del Continente americano: Canadá, Estados Unidos, México, Venezuela, Brasil y Argentina.

reforzar y fortalecer políticamente los niveles federales frente a los Estados miembros.

Múltiples factores han influido en este proceso de centralización de los Estados Federales, y entre ellos deben destacarse los factores económicos y los políticos. Por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamérica ha sido la reserva al nivel federal de fundamentales poderes de imposición e intervención en la economía y el comercio, y las restricciones impuestas a los Estados, lo que ha provocado el proceso centralizador.

Este, por otra parte, se ha manifestado a través de la interpretación y aplicación de la Constitución derivadas de la práctica constitucional, y que ha conducido a varios principios fundamentales del federalismo americano: la cláusula de la supremacía del derecho federal sobre el de los Estados miembros; la teoría de los poderes implícitos, que ha determinado el ámbito extendido en el cual opera esa supremacía, y la cláusula de comercio, cuya interpretación extensiva ha dejado en manos del nivel federal la regulación casi completa y exclusiva no sólo del comercio, sino de la economía del país⁴⁷⁰. El centralismo de la Federación norteamericana, además, ha tenido sus motivaciones políticas en el fortalecimiento del Poder Ejecutivo Federal, basado sobre el sistema presidencial, precisamente en una Nación que ha desempeñado y desempeña un papel esencial en la política mundial. En el Canadá, la Federación ha tenido también sus rasgos centralistas, basados particularmente en su forma peculiar de distribución de competencias, al atribuir al nivel federal, al contrario de la mayoría de las Federaciones, las competencias residuales⁴⁷¹.

En Alemania, a pesar de la distribución formal de competencias entre el nivel federal y los *Länder*, que coloca competencias residuales en este último nivel, la tendencia centralizadora ha conducido a una posición predominante del *Bund* sobre los *Länder*, tanto en materia económica como legislativa⁴⁷², y al desarrollo de competencias federales implícitas basadas no en la figura norteamericana de los poderes implícitos, sino en razón de “la naturaleza de la materia”⁴⁷³. Igual tendencia centralizadora se observa en la Confederación suiza, que en realidad es un Estado Federal, mediante el desarrollo de poderes implícitos en la Confederación derivados de interpretaciones del texto constitucional, así como de la acumulación de poderes económicos en el nivel federal⁴⁷⁴.

Esta tendencia centralizadora de las Federaciones se acentúa en el caso de Austria, en cuya Constitución aparece, originalmente, la figura de un “federalismo limitado” o “federalismo unitario”, en el cual la Federación tiene una posición predominante,

470 V. Luis Ortega Álvarez, “La división de competencias económicas en los Estados Unidos”, en Eduardo García de Enterría (ed.): *La distribución de competencias económicas entre el Poder Central y las autonomías territoriales en el Derecho Comparado y en la Constitución Española*, cit., pp. 45 a 70.

471 V. Santiago Muñoz Machado, “La distribución de las competencias económicas en Canadá”, en Eduardo García de Enterría (ed.): *La distribución de competencias económicas...*, cit., p. 91.

472 V. Luciano Parejo Alfonso, “Las competencias constitucionales económicas en Alemania Federal”, en Eduardo García de Enterría (ed.): *La distribución de las competencias económicas...*, cit., p. 157.

473 V. Luciano Parejo Alfonso: “Las competencias constitucionales económicas en Alemania Federal”, *loc. cit.*, p. 165.

474 V. Luciano Parejo Alfonso: “Las competencias constitucionales económicas en Austria”, en Eduardo García de Enterría (ed.): *La distribución de las competencias económicas...*, cit., pp. 106, 116 y 143.

al resultar favorecida por el reparto de competencias, con la reserva íntegra de las potestades jurisdiccionales⁴⁷⁵.

Las Federaciones latinoamericanas también, en grado importante, han sufrido este proceso centralizador, y por ello, con razón, se ha hablado de las “Federaciones Centralizadas de América Latina”⁴⁷⁶. La tendencia centralista ha conducido así a una preponderancia del Poder Central en todas las Federaciones latinoamericanas sobre los Estados Miembros. Se habla así, en Argentina, del “avasallamiento de las autonomías provinciales” por el Gobierno Central⁴⁷⁷; de la “preeminencia evidente de la Federación” en el Estado brasileño⁴⁷⁸, que lo asemeja más a un Estado Unitario Descentralizado, a pesar de la tradición federalista, y de la incrustación de elementos centralizadores dentro de la estructura federal del Estado mexicano, como signo de centralización, en la cual el factor económico ha sido de importancia primordial⁴⁷⁹.

En el caso de Venezuela, como hemos señalado y argumentado anteriormente, la Federación también ha sido centralista, por la acumulación progresiva de competencias a nivel central, incluyendo las de carácter económico y judicial, y el vaciamiento de competencias de los Estados Miembros. Inclusive, frente a las competencias residuales de los Estados, la interpretación de poderes implícitos a nivel nacional (federal) ha sido posible por la cláusula genérica de que compete a ese nivel todo lo que sea nacional, por su índole o naturaleza⁴⁸⁰.

De lo anteriormente señalado resulta evidente entonces que la Federación Clásica no existe y quizá no existió nunca en ninguna parte del mundo. Por eso se ha afirmado, con razón, que “el Federalismo de viejo estilo ha muerto”⁴⁸¹ y en su lugar han surgido formas de distribución vertical del poder con ropaje federal, pero que aproximan los Estados Federales a las fórmulas de los Estados Unitarios Descentralizados.

En muchos casos, la tendencia a la centralización de las Federaciones dio origen a un “federalismo de cooperación” o “federalismo cooperativo”⁴⁸², conforme al cual, tanto la “Federación como los Estados Miembros asumían tareas en común. Se trataba, por tanto, de la quiebra del sistema tradicional de reparto de competencias,

475 V. Luciano Parejo Alfonso, “Las competencias constitucionales económicas en Austria”, en Eduardo García de Enterría (ed.): *La distribución de las competencias económicas...*, cit., p. 221.

476 V. Williams S. Strokes, “The Centralized Federal Republic of Latin America”, en Peter G. Snow: *Government and Politics in Latin America*. N. Y.

477 V. Silvio Frondizi, “El Federalismo en la República Argentina”, en *Los sistemas federales del Continente americano*, UNAM, México, 1972, p. 111.

478 V. Luis Pinto Ferreira, “El Sistema Federal Brasileño”, en *Los sistemas federales del Continente americano*, cit., p. 216.

479 V. Jorge Carpizo, “Sistema Federal Mexicano”, en *Los sistemas federales del Continente americano*, cit., pp. 466 y 543.

480 V. Allan R. Brewer-Carías, *Cambio político y reforma del Estado en Venezuela*, Madrid, 1975, pp. 415 y ss., V. además, Humberto J. La Roche, “El Federalismo en Venezuela”, en *Los sistemas federales del Continente americano*, cit., p. 648.

481 V. Michael D. Reagan y John G. Sanzone, *The New Federalism*, New York-Oxford, 1981, p. 3.

482 Cfr., Serrat, *Rapport sur le projet de loi relatif aux droits et libertés des Communes, des Départements et des Régions*, número 33, 22-10-81, p. 23; y las referencias en el libro de Eduardo García de Enterría (ed.): *La distribución de las competencias económicas...*, cit., pp. 134 (Suiza), 209 (Alemania), 222 y 245 (Austria).

sustituidas por un sistema de colaboración o coparticipación del nivel federal y los Estados Miembros en la realización de unas mismas tareas públicas en forma concurrente o conjunta.

Tal como lo indicaron en su momento Michael D. Reagan y John G. Sanzone: “El federalismo de viejo estilo es un concepto legal, que enfatiza una división constitucional de autoridad y funciones entre un gobierno nacional y los gobiernos de los Estados, habiendo recibido ambos niveles sus poderes en formas independientes uno del otro de una tercera fuente: el pueblo. El federalismo de nuevo estilo es un concepto político y pragmático, que resalta la efectiva independencia de funciones compartidas entre Washington y los Estados y que apunta a la mutua influencia que cada actor es capaz de ejercer sobre el otro”⁴⁸³. En otras palabras: “La diferencia entre el federalismo de viejo y nuevo estilo puede ser resumida en esta forma: el federalismo de viejo estilo describe una no-relación entre el gobierno nacional y el de los Estados, y el federalismo de nuevo estilo se refiere a una relación positiva multifacética de acción compartida. El significado del federalismo hoy radica en un proceso de acción conjunta y no en un asunto de estatuto legal. No es un asunto de qué son los gobiernos, sino de qué hacen. Es un asunto de acción más que de estructura”⁴⁸⁴.

Esta forma de federalismo coordinado, compartido o cooperativo, que da origen a relaciones intergubernamentales dinámicas, ha sido quizá el signo más característico de las Federaciones contemporáneas, luego de haber sufrido el proceso centralizador que les es común. En la consolidación de este sistema de cooperación es quizá donde está la clave para la nueva descentralización que se está tratando de -realizar en las Federaciones, y así lograrse el equilibrio deseado entre las fuerzas centrífugas y centrípetas en la organización del Estado.

Pero el juego de estas fuerzas y el proceso centralización-descentralización se ha dado también en los Estados Unitarios. En éstos, la tendencia ha sido hacia la descentralización.

En efecto, así como hemos dicho que la Federación, como fórmula máxima de descentralización política, no existe, también puede afirmarse que la fórmula del Estado Unitario, en el cual sólo existe un centro de poder y de gobierno, tampoco existe. La verdad es que a medida que se fue democratizando la democracia, la democracia pluralista transformó los viejos Estados Unitarios, provocando paulatinamente el surgimiento de niveles inferiores de poder adicionales a los que en una forma u otra se habían desarrollado a nivel local. La democracia implicó así la descentralización de los Estados Unitarios⁴⁸⁵, en los cuales por lo demás siempre existió un grado de descentralización local, en el sentido de la existencia de colectividades político-territoriales menores, los Municipios, con cierta autonomía político-territorial.

Pero las propias exigencias de la democracia pluralista han provocado la necesidad de establecer un sistema político o forma de Estado, que acerque más las instituciones políticas a los ciudadanos y asegure la participación democrática en varios

483 V. Michael D. Reagan y John G. Sanzone, *The New Federalism*, New York-Oxford, 1981, p. 3.

484 *Idem*, p. 170.

485 Cfr. Juan Ferrando Badía, *El Estado unitario...*, cit., p. 65.

niveles territoriales y no sólo en el nivel local. Asimismo, la satisfacción de las necesidades colectivas en sociedades industrializadas y urbanas complejas ha mostrado la insuficiencia del Estado centralizado para actuar adecuadamente en todo el territorio. De allí que haya sido una tendencia general, en todos los Estados Unitarios, la aparición de niveles intermedios desconcentrados (Regiones o Departamentos) para la acción nacional y resolución de los asuntos públicos. Inicialmente, se ha tratado de un proceso económico o administrativo (regionalización económica y administrativa)⁴⁸⁶, y progresivamente se ha venido convirtiendo en un proceso político.

Por ello, el signo contemporáneo de los Estados Unitarios es el de su regionalización política, dando origen a una nueva forma de Estado que comienza a delinearse: la del Estado Regional.

2. La formula del Estado regional

Si bien diversas concepciones se han formulado para identificar el Estado Regional, en realidad todas parten de la dicotomía tradicional: Estado Federal-Estado Unitario. Así, unos consideran al Estado Regional junto al Estado Federal, como una forma más o menos avanzada de descentralización; otros estiman que el Estado Regional es un Estado Unitario descentralizado, y en una tercera posición, otros estiman que se trata de una realidad jurídico-pública independiente, intermedia entre el Estado Unitario y el Estado Federal⁴⁸⁷.

Esta aproximación al problema, en realidad, no es exacta, pues, como se ha señalado, en la práctica política no existe una concepción pura de Estado Federal ni de Estado Unitario. Al contrario, las Federaciones se han centralizado y los Estados Unitarios se han descentralizado, y la realidad indica que en todas las experiencias de Estados Regionales, éstos han surgido de viejos Estados Unitarios.

En todo caso, lo que caracteriza a los Estados Regionales es que, además del nivel nacional, que conserva el poder constituyente único, y del nivel local (municipal), han surgido unidades político-territoriales autónomas intermedias, producto de la descentralización política, con autonomía territorial. Estas unidades territoriales intermedias, se caracterizan por tener una autonomía política, con potestad legislativa regional, cuyos órganos son electos por votación popular, materializándose la democracia regional⁴⁸⁸.

La primera experiencia histórica del Estado Regional fue el “Estado Integral”, establecido en la Constitución Española de 1931, el cual, conforme a lo expresado por el profesor Jiménez de Asúa, Presidente de la Comisión de Constitución, ante la antítesis Estado Unitario-Estado Federal, se presentaba como una forma intermedia que buscaba “disminuir los residuos de soberanía de los Estados Federales hasta hacerla sustituir por una amplia autonomía político-administrativa, de un lado: y de otro, acentuar la nueva descentralización administrativa de las Provincias, hasta

486 V. Allan R. Brewer-Carías, *Regionalization in economic matters*, Rapport Général aux *IX Congrès Internationaux de Droit Comparé*, Teherán, 1974, cit.

487 En general, V. Juan Ferrando Badía, *El Estado unitario, el federal y el Estado regional*, cit., pp. 142 y ss., y 192 y ss.

488 Cfr. Juan Ferrando Badía, *El Estado unitario...*, cit., p. 185.

transformarla prácticamente en autonomía político-administrativa... Frente al Estado Unitario, tiene el Integral la ventaja, en nuestro caso, de ser compatible, sin imponerlas, con diversos grados, de autonomías regionales, cuando sean pedidas y procedentes, junto a un régimen de vinculaciones de otros territorios nacionales no preparados para aquellas formas de autarquía. Y frente al Estado Federal *tiene* el provecho de permitir, sin desnaturalizarse, la existencia de estos territorios, ligados por estrecha dependencia político-administrativa al Estado...⁴⁸⁹. El Estado Integral de la República Española fue interpretado doctrinalmente por el Profesor G. Ambrosini, quien fue Presidente del Tribunal Constitucional Italiano en 1933⁴⁹⁰, como un Estado intermedio entre el Estado Federal y el Estado Unitario, o más propiamente, como un “Estado descentralizado políticamente”, como lo calificó el administrativista A. Amorth⁴⁹¹.

A. El Estado Regional Italiano y sus desarrollos federales

El Estado Regional encuentra su primera regulación acabada en el texto de la Constitución italiana de 1947, aun cuando sólo se concreta y estructura real y políticamente a partir del inicio de los años setenta. Este texto estableció una división del Estado italiano en Regiones autónomas, políticamente hablando, con potestades legislativas propias y órganos representativos electos. Los artículos 114 a 133 de la Constitución italiana, como en su momento lo describía Enric Argullol Murgadas⁴⁹², regulaban la Región, como una entidad representativa, cuyos órganos eran el Consejo Regional y una Junta y Presidente elegidos por el Consejo. A la Región se le atribuía potestad legislativa de carácter concurrente para un conjunto de materias taxativamente enumeradas, y potestad legislativa que desarrollaba las leyes estatales que así lo prevean. La Región tenía asimismo potestades administrativas en las materias en las cuales tenía competencias legislativas concurrentes, y el Estado puede delegarle otras funciones administrativas. La Región tenía, además, autonomía en cuanto a la emisión de su propio Estatuto, el cual debía ser aprobado por Ley de la República. Asimismo, la Constitución establecía una autonomía financiera para las Regiones.

Por otra parte, la Constitución preveía un sistema de controles de la actividad de las Regiones: la potestad legislativa, a través de la Corte Constitucional; la actividad administrativa, a través de una Comisión desconcentrada regulada por vía legislativa, y la actividad política, a través de un Comisario del Gobierno, habiéndose previsto incluso la disolución del Consejo Regional. Por último, la Constitución atribuía a la Región la posibilidad de participar en la elección del Presidente de la República y presentar proyectos de Ley a las Cámaras Parlamentarias de la República. El Senado, además, se debía elegir con base a circunscripciones de carácter regional.

489 Discurso del Presidente L. Jiménez de Asúa en *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española (27-VIII-1931)*, pp. 644 y 645, citado por Juan Fernando Badía, *El Estado unitario.. cit.*, p. 161.

490 V. G. Ambrosini, “Un tipo intermedio de Stato fra l'unitario e il federale caratterizzato dall'autonomia regionale”, en *Rivista di Diritto Pubblico*, 1933, p. 93 y s.

491 Citado por Juan Ferrando Badía, *El Estado unitario.. cit.*, p. 117.

492 V. Énric Argullol Murgadas, *La vía italiana a la autonomía regional*, Madrid, 1977, pp. 56 y ss.

El esquema regional italiano, después de muchos años de debate sobre subsidiariedad y federalismo, fue objeto de importantes reformas. Primero, mediante la Ley Constitucional N° 1 de 1999 que estableció la elección directa de los Presidentes de Región y vinculó la duración de los Consejos Regionales con la permanencia en su cargo de los Presidentes de Región, en el sentido de que en caso de remoción de estos últimos por los Consejos regionales, conlleva la disolución de los mismos y la realización de nuevas elecciones tanto para Presidente como para Consejo. Dicha Ley estableció además, la potestad de las Regiones para aprobar sus propios Estatutos, bajo el control del parlamento, pudiendo el gobierno central impugnarlos ante la Corte Constitucional. Sin embargo, hasta 2004 ninguna de las Regiones había aprobado su propio Estatuto, excepto Calabria, el cual fue anulado por la Corte Constitucional⁴⁹³

El 8 de noviembre de 2001, fue luego sancionada otra importante reforma constitucional (Ley n° 3 de 2001) aprobada por referéndum, la cual reformó el régimen de las regiones y municipalidades, superando la clásica identificación entre la República y el Estado, incluyéndose en cambio con igual “dignidad”, como parte de la República, a las Municipalidades, las Provincias, las Ciudades Metropolitanas, las Regiones y al Estado (art. 114). Lo importante fue que con este reconocimiento, la Constitución otorgó la autonomía a estas entidades, eliminando el control que el poder central ejercía sobre la legislación y administración regionales y el control que las regiones ejercían sobre las Municipalidades. Además, desapareció la figura el Comisario Regional que a nivel del gobierno central ejercía los controles.

Las nuevas previsiones constitucionales, además, regularon una nueva distribución del poder legislativo entre el gobierno central y las regiones, superando la regulación precedente que establecía la potestad legislativa de las regiones solo en las materias expresamente enumeradas en la Constitución (art. 117). Ahora, la Constitución enumera materias reservadas a la potestad legislativa del Parlamento y materias de la competencia concurrente del poder central y de las regiones; y además, a la usanza de las federaciones, dispone que las competencias no reservadas expresamente al poder central, pueden ser reguladas por las regiones sin interferencia de éste.

La Constitución también reguló la distribución de competencias administrativas, de acuerdo con los principios de unidad, subsidiariedad, diferenciación y adecuación. La consecuencia es que las Municipalidades tienen mayores funciones administrativas, y las Regiones tienen la potestad administrativa respecto de las materias sobre las cuales legislan (art. 118).

En relación con las relaciones internacionales y europeas, la reforma de la Constitución establece la posibilidad de que las regiones participen en ellas, mediante convenios con instancias subnacionales de otros países.

Por último, la Constitución establece que las Municipalidades, las Provincias, las Ciudades metropolitanas y las Regiones tienen sus propios recursos impositivos y además, reciben parte de los impuestos recaudados en sus respectivos territorios; correspondiendo al poder central y a las regiones en forma concurrente, la coordinación de las finanzas públicas (art. 119).

493 V. Beniamino Caravita, “Italy: toward a federal state? Recent constitutional developments in Italy”, documento presentado en la *Conferencia sobre Federalismo*, Bellagio, 2004.

B. Del Estado de Comunidades y Regiones de Bélgica a la Federación

La fórmula del Estado Regional como instrumento de descentralización política, también se ensayó en Bélgica en la década de los setenta, cuando el Estado Unitario tradicional de ese país, mediante la reforma constitucional de 1970, inició un proceso de descentralización política, estableciéndose el compromiso de crear tres Regiones como colectividades político-territoriales y tres Comunidades culturales. Las Regiones eran y son: la Walona, la Flamenca y la de Bruselas, y las Comunidades culturales/lingüísticas: la francesa, la holandesa y la alemana.

Ese sistema, luego se desarrolló políticamente mediante la reforma constitucional de 1980, la cual recogió la misma división del país en dos estructuras políticas distintas y a veces superpuestas: las Comunidades y las Regiones.

En cuanto a las Comunidades, la Constitución estableció que Bélgica comprendía tres Comunidades: la Comunidad francesa, la Comunidad flamenca y la Comunidad de habla germánica, teniendo cada Comunidad personalidad jurídica y las atribuciones reconocidas por la Constitución y las Leyes (art. 3). Las dos primeras fueron inmediatamente institucionalizadas, y en 1983 lo fue la Comunidad germana.

En este esquema, las Comunidades han tenido una Asamblea Parlamentaria (Consejo) y un Ejecutivo nombrado por el Consejo, que funcionan mediante un régimen parlamentario. La Constitución estableció una serie de competencias a las Comunidades, las que regulan mediante Decretos con fuerza de Ley.

Paralelamente a la estructura de Comunidades Autónomas, la reforma constitucional de 1970 también estableció que Bélgica comprende tres Regiones: la Región Walona, la Región Flamenca y la Región de Bruselas (art. 107). La regulación de estas Regiones había sido dejada a una Ley del Parlamento, y sólo fue después de diez años de intentos, en agosto de 1980, cuando se dictó la primera Ley de aplicación parcial del artículo 107 de la Constitución, institucionalizando las regiones Walona y Flamenca. En ese año además, se produjo la fusión de las instituciones de la Región y de la Comunidad Flamenca. Solo fue posteriormente, en 1988, cuando se establecieron las instituciones de la Comunidad de Bruselas.

Los recurrentes conflictos culturales y lingüísticos, y además autonómicos entre las tres Comunidades desembocaron en otras dos reformas constitucionales, en 1988 y 1993, habiéndose establecido con la última, formalmente, la forma federal del Reino de Bélgica, montada sobre el esquema antes mencionado de las tres Comunidades culturales y las Regiones político-territoriales, consolidándose una importante distribución territorial de competencias entre el nivel federal y el de las Regiones.

Desde el punto de vista institucional, en esta reforma de 1993 se introdujeron varios cambios importantes: en primer lugar, se redefinió la composición y del rol del Senado en el cual por supuesto encuentran representación las diversas Comunidades; en segundo lugar, se estableció la elección directa de los Parlamentos de las Regiones Walona y Flamenca, cuyos miembros antes provenían de la Cámara de Representantes. En cuanto al parlamento de Bruselas sus miembros han sido electos desde 1988.

En cuanto a la estructura de la federación, la Constitución dispone que los ministros del Ejecutivo federal deben tener igual número de miembros de lengua holandesa y francesa (art. 99). El Primer Ministro no está regulado lingüísticamente pero la

mayoría de las veces ha sido flamenco; y por supuesto, el Monarca tampoco está regulado por normas lingüísticas⁴⁹⁴.

C. El Estado de Comunidades Autónomas español

La Constitución española de 1978, estableció una organización territorial del Estado español no sólo en Municipios y Provincias, sino en “Comunidades Autónomas”, estableciéndose así en España un Estado Autonomático o de las Comunidades Autónomas, que responde al esquema del Estado Regional como fórmula de descentralización política avanzada, el cual comenzó a establecerse desde antes de la promulgación de la Constitución, mediante la concesión de las denominadas “preautonomías” a diversas regiones españolas, mediante Reales Decretos dictados en base a criterios políticos de urgencia.

La Constitución de 1978, en todo caso, estableció la división del territorio español en Comunidades Autónomas que se constituyeran, abriéndose así el camino al proceso autonómico, que ha conducido al establecimiento de Comunidades Autónomas en todo el territorio español, regidas cada una por sus respectivos Estatutos de Autonomía elaborados por los órganos representativos de la Comunidad y aprobados por Ley de las Cortes.

De acuerdo al sistema, las Comunidades Autónomas se configuran como entidades territoriales descentralizadas, con sus órganos legislativos/parlamentarios y ejecutivos electos, que ejercen competencias legislativas y administrativas en un conjunto de materias enumeradas en el artículo 148 de la Constitución y que son determinadas en los respectivos Estatutos de Autonomía. La Constitución prevé, además, materias de competencia exclusiva del Estado (nacional) (Art. 149), las cuales, sin embargo, pueden ser transferidas por Ley a las Comunidades Autónomas⁴⁹⁵.

Dado que el proceso autonómico se realizó aisladamente respecto de cada Comunidad Autónoma, la Constitución previó la posibilidad de que el Estado pudiera dictar Leyes que establecieran los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general (Art. 150). Con base a ésta previsión, las Cortes españolas sancionaron, en junio de 1982, la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autónomo (LOAPA), con la cual se pretendió reordenar el Estado de las Autonomías españolas desarrollado en los últimos años. Algunos artículos de dicha Ley, sin embargo, fueron anulados por el Tribunal Constitucional en 1984.

El desarrollo del proceso autonómico español en los últimos 25 años ha originado un extraordinario proceso de descentralización política, sin duda en muchos casos, mayor que el que puede observarse en muchas federaciones, el cual sin duda, ha

494 V. André Lecours, “Belgium”, en Forum of Federations, www.Forumfed.org

495 Sobre los inicios del proceso autonómico español, V. T.R. Fernández (ed.): *Las autonomías regionales*, Informes al Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1977; Gumersindo Trujillo (ed.): *Federalismo y Regionalismo*, Madrid, 1979; Juan Ferrando Badía: *El Estado unitario, el federal y el Estado regional*, Madrid, 1978; “Teoría y realidad del Estado autonómico”, en *Revista de la Política Comparada*, número III, 1980-81; Eduardo García de Enterría (ed.): *La distribución de las competencias económicas entre el Poder Central y las autonomías territoriales en el Derecho Comparado y en la Constitución Española*, Madrid, 1980.

contribuido al desarrollo económico, social y cultural que ha distinguido a España en las últimas décadas.

D. La Regionalización política de Francia y el Estado Regional

Una de las políticas fundamentales formuladas por el Presidente Mitterrand durante su campaña electoral fue la de la descentralización política del Estado francés. De allí que uno de los proyectos de Ley presentados en 1981, a la Asamblea Nacional por el Gobierno, hubiese sido el proyecto de Ley relativo a los derechos y libertades de las Comunas, de los Departamentos y de las Regiones⁴⁹⁶, y el proyecto de Ley, estableciendo el Estatuto particular de la Región corsa. Ambas Leyes fueron sancionadas en febrero de 1982, y también ambas Leyes fueron sometidas al conocimiento del Consejo Constitucional, quien las encontró conformes con la Constitución⁴⁹⁷.

En esta forma, la Ley número 82-213, de 2 de marzo de 1982, relativa a los derechos y libertades de las Comunas, de los Departamentos y de las Regiones, fue publicada el 3 de marzo de 1982⁴⁹⁸, y en ella, aparte de la reforma del Régimen local al suprimir la tutela *a priori* en materia administrativa, financiera y técnica de las Comunas, y sustituirlo por un control *a posteriori* de carácter jurisdiccional, se estableció una nueva colectividad territorial en Francia, la Región, como Entidad descentralizada político-territorialmente, gobernada por órganos electos mediante sufragio universal. Surge así, en Francia, la fórmula del Estado Regional, al dividirse el Estado en Regiones consideradas como colectividades territoriales, administradas por un Consejo Regional elegido mediante sufragio universal directo y con competencias para promover el desarrollo económico, social, sanitario, cultural y científico de la Región y la ordenación de su territorio⁴⁹⁹.

Con posterioridad se dictó la Ley nº 83-8 de 7 de enero de 1983, relativa a la repartición de competencias entre las comunas, los departamentos, las regiones y el Estado, cuya importancia política es fundamental en el proceso de descentralización⁵⁰⁰.

496 V. el Rapport del Diputado Alain Richard sobre el *Proyecto en Assemblée National*, número 237, Annexe au procès-verbal de la séance du 24 juillet 1981, 2 tomos, pp. 119 y 64, respectivamente: así como el *Rapport* del Senador Michel Giraud sobre el Proyecto en Senat, nº 33, Annexe au procès-verbal de la séance du 22 octobre 1981, 2 tomos, pp. 149 y 351, respectivamente.

497 V. las decisiones en *Journal Officiel de la République Française* del 27-2-83, pp. 695 y 697, y del 3-3-82, pp. 759 y 760.

498 V. en *Journal Officiel de la République Française* del 3-3-83, pp. J30 a 747, con rectificaciones en el *Journal Officiel* del 6-3-82.

499 V. Jérôme Chapuisat, *doc. cit.*, pp. 11 y ss. y "Autonomie Territoriale et regionalisation politique", en *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, nº 2, Paris, Jevier 1983, pp. 60 y ss. V. asimismo J. Chevalier y otros: *Le pouvoir Regional*, Paris, 1982, y las ediciones especiales sobre descentralización de la revista *L'Actualité Juridique, Droit Administratif*, mayo 1982, y febrero 1983.

500 V. el texto en *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, nº 2, Paris, febrero 1983, pp. 133 y ss., y el comentario de Jérôme Chapuisat, "La répartition des compétences" en la misma publicación, pp. 81 y ss.

E. Otras experiencias de regionalización política

La transformación de los clásicos Estados Unitarios europeos en Estados Regionales, en todos los casos, ha estado precedida por la concesión de autonomía política a determinadas Regiones de los Países con características peculiares. Por ejemplo, así sucedió en Italia con la autonomía de las Regiones de Estatuto Especial de Sicilia, Cerdeña, Trentino-Alto Adigio, Valle de Aosta y Friuli-Venecia Julia. También sucedió en España, con las Regiones de Cataluña y el País Vasco, y en Francia, con la Región de Córcega.

Otros, países europeos han establecido aspectos específicos de gobierno regional autónomo para determinadas Regiones, como sucedió en Portugal, cuya Constitución de 1976 estableció una descentralización política para las Regiones de las Islas Azores y Madeira.

3. Exigencias de la descentralización

Puede decirse, sin duda, que en el mundo contemporáneo, la crisis del Estado Nacional Centralizado ha provocado la aparición de fórmulas de descentralización política, que se observan tanto en los Estados Federales como en los Estados Unitarios, y particularmente en la modalidad nueva de los Estados Regionales.

En todos estos procesos de descentralización política puede decirse que se dan, en mayor o menor grado, los elementos esenciales de la misma como técnica política: la autonomía político-territorial de las entidades descentralizadas; un sistema determinado de distribución de competencias entre las diversas Entidades políticas del Estado, y en particular, de las competencias en materia económica y financiera entre dichas Entidades, y unas garantías institucionales para la defensa de la autonomía.

En cuanto a la autonomía político-territorial de las Entidades descentralizadas, para que exista debe caracterizarse por ser no sólo una autonomía política, sino también y sobretodo una autonomía legislativa, administrativa y tributaria.

En efecto, ante todo es necesario convenir en que el proceso de descentralización política es una técnica de perfeccionamiento de la democracia, al hacerla más participativa y representativa. Por ello, las fórmulas de descentralización política implican siempre que la nueva Entidad Regional tenga autonomía política, es decir, esté gobernada y administrada por órganos electos mediante sufragio universal y directo. Estos órganos, además, deben tener autonomía legislativa y administrativa para el gobierno de las materias propias de la competencia regional, la cual debe ejercerse sin control de tutela por el Estado Nacional y sometida a control jurisdiccional. Por supuesto, el ámbito de la autonomía político-territorial está condicionado por las modalidades de control que se establezcan a cargo del Estado Nacional, y aquí también se da la relación tradicional de la autonomía en Derecho público: a mayor autonomía, menor control, y al contrario, a menor autonomía, mayor control.

Por último, formando parte de la autonomía de los Entes descentralizados, éstos deben tener alguna modalidad de autonomía financiera, en el sentido de que deben tener recursos propios, incluyendo los de carácter tributario.

Este aspecto de la distribución de competencias tributarias, sin duda, es quizá el más importante en toda fórmula de descentralización federal o regional, pues es la que va a asegurar que la autonomía sea o no real y efectiva.

En todo caso, la efectividad de la autonomía político-territorial de los entes descentralizados dependerá realmente del sistema de distribución de competencias entre los diversos niveles del Estado. La autonomía se torna inútil, como sucede con los Estados Miembros de muchas Federaciones contemporáneas, si no hay materia sobre la cual pueda ejercerse.

De allí la importancia del sistema de determinación y distribución de competencias.

Por supuesto, diversas modalidades de distribución vertical de competencias se pueden distinguir: competencias exclusivas al Estado Nacional o Federal; competencias exclusivas de las Regiones Autónomas y a los Estados Miembros de una Federación; competencias concurrentes entre los diversos niveles territoriales; competencias residuales para los Estados Miembros de una Federación en la mayoría de los Estados Federales o para el Estado Nacional en ciertos Estados Regionales; competencias implícitas para el Estado Nacional o Federal.

En todo caso, la enumeración de las competencias de las Regiones en las experiencias de los Estados Regionales es quizás la característica común de estas experiencias políticas contemporáneas.

Pero, en particular, la efectividad de la organización vertical del poder en las fórmulas de descentralización, que combina la autonomía regional con la integridad del Estado, exige una precisa distribución de competencias en materia económica entre los entes públicos. Este aspecto y la concentración de esas competencias en el nivel federal, han contribuido a la centralización de las Federaciones; por ello la importancia de las fórmulas de concurrencia, cooperación y participación en materia económica que caracterizan los nuevos federalismos y los Estados Regionales, que han optado por las fórmulas de concurrencia y coparticipación entre el Estado Nacional y las Regiones Políticas en materia económica.

Por último, todo sistema de descentralización política que conlleve autonomía territorial y un sistema de distribución de competencias, exige el establecimiento de garantías institucionales a esas autonomías. Básicamente éstas deben traducirse en el control constitucional, por el Tribunal Supremo o una Corte Constitucional, de las recíprocas invasiones de competencias y lesiones a la autonomía entre los Entes regionales y el Estado Nacional o entre los Estados Miembros y el nivel federal, a cuyo efecto debe darse legitimación para recurrir a las diversas Entidades territoriales.

La crisis del Estado Nacional, tanto en los Estados Federales como *en* los Unitarios, en última instancia está provocando una debilidad progresiva del Estado no sólo para la conducción política de la sociedad, para la atención de los asuntos públicos y para la satisfacción de las necesidades colectivas, sino para asegurar la democracia participativa. Frente a esta situación, la descentralización política se configura como un remedio eficaz contra esa debilidad del Estado y la crisis en la cual está inmerso.

Su realización, sin embargo, no es fácil, pues descentralizar implica transferir poderes a las instancias regionales y locales y crear efectivos mecanismos de autogo-

bierno regional y local, lo que fortalece instancias políticas nuevas y debilita las tradicionales, pero el reto hay que asumirlo, pues de lo contrario éstas últimas corren el riesgo de desaparecer, y con ellas agravar la crisis del Estado.

V. LA DESCENTRALIZACIÓN, LA DEMOCRACIA Y LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

1. Democracia y participación

La descentralización política es un fenómeno propio de las democracias. No hay ni ha habido autocracias descentralizadas. Solo las democracias se descentralizan, proceso al que temen y rechazan los autoritarismos.

Por otra parte, la participación democrática efectiva de los ciudadanos en los asuntos públicos, sólo es posible descentralizando el poder. No hay posibilidad de real participación democrática en los Estados centralizados, por lo que las democracias latinoamericanas tienen que estar alerta frente a los cantos de sirenas autoritarios que no se cansan de hablar de una pretendida “democracia participativa” pero en Estados altamente centralizados, no para hacerla posible, sino en realidad, para acabar con la “democracia representativa”, a la cual erradamente la contraponen.

Las democracias no se pueden dejar confundir al intentar, el liderazgo político, dar respuesta a las exigencias crecientes de participación democrática, implementando soluciones ilusorias de carácter referendario o de iniciativas o consultas populares, que no la agotan en absoluto, y que más bien son manifestaciones de “democracia directa”, que es la que se contraponen a la representativa⁵⁰¹.

En efecto, los dos principios fundamentales de la democracia en el mundo contemporáneo siguen siendo la representación y la participación. La primera, la representación, si a algo se contraponen en realidad es a la democracia directa. Por ello, en este caso, la dicotomía está entre la democracia representativa o indirecta, por una parte, y por la otra, la democracia directa⁵⁰².

El segundo principio, el de la participación, a la vez, si a algo se contraponen, es a la exclusión política, no a la representación. La dicotomía en este caso está entre democracia participativa o de inclusión y democracia de exclusión o exclusionista. Y esto es precisamente lo que no se tiene claro cuando se habla de “democracia participativa” como supuestamente contrapuesta a la democracia representativa, por una parte, desde las mismas trincheras democráticas, queriendo en realidad referirse, sin saberlo, a los mecanismos de democracia directa; y por la otra, desde las trincheras autoritarias, confundiendo los conceptos para propugnar la eliminación o minimización de la representatividad y buscar establecer una supuesta relación directa entre el líder y sus estructuras de poder y el pueblo, a través de los mecanismos

501 V. Allan R. Brewer-Carías, “Democracia municipal, descentralización y desarrollo local”, *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, nº 11, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, Julio-Diciembre 2003-2004, pp. 11-34.

502 V. en general, Luis Aguiar de Luque, “Democracia directa y Estado Constitucional”, Editorial *Revista de Derecho Privado*, Edersa, Madrid, 1977.

institucionales del Estado, incluso militares, dispuestos para hacer creer que se participa.

En cuanto a la democracia representativa o democracia indirecta, esta es y seguirá siendo de la esencia de la democracia. Su sustitución es imposible si de democracia se trata, sin perjuicio de que afortunadamente se haya venido enriqueciendo en las últimas décadas, precisamente, con la introducción en nuestros sistemas políticos de mecanismos de democracia directa que la complementan, pero que jamás podrán sustituirla.

No puede existir en el mundo contemporáneo una democracia que sólo sea refrenadora o de cabildos abiertos permanentes. Recordemos incluso que ni en la antigua Grecia existieron realmente sistemas que sólo fueran de democracia directa, donde las decisiones supuestamente sólo se tomaban en asambleas, pues la conducción de los asuntos públicos realmente la hacían magistrados, que si bien no eran siempre electos, si eran designados por sorteo.

Pero lo cierto es que hoy por hoy, en casi todos los sistemas constitucionales contemporáneos se han incorporado mecanismos de consultas populares y de asambleas de ciudadanos con el objeto de complementar la representatividad. Además, todos los tipos imaginables de referendos, como los consultivos, aprobatorios, decisorios, abrogatorios, autorizatorios y revocatorios, los hemos ensayado; al igual que se han regulado las iniciativas populares. Todo ello, sin duda, ha contribuido a la movilización popular y a la relativa manifestación directa de voluntad del pueblo; pero es claro que esos mecanismos no pueden sustituir a la democracia conducida por representantes electos. Lo importante en este aspecto es asegurar que dichos representantes sean realmente representativos de las sociedades y sus comunidades, y sean elegidos mediante sistemas de sufragio directo, universal y secreto donde impere el pluralismo político, y a través de procesos electorales transparentes que aseguren el acceso al poder con sujeción al Estado de derecho, tal como lo establece la *Carta Democrática Interamericana* de la Organización de Estados Americanos.

Pero sin duda, más interés contemporáneo tiene el segundo principio básico de la democracia, que es el de la participación política, el cual exige que el régimen democrático sea uno de inclusión política, donde el ciudadano sea parte de su comunidad política, y pueda contribuir a la toma de las decisiones que le conciernen.

Si, hay que decirlo con claridad, participar en realidad es estar incluido, por lo que la dicotomía en este caso de la participación política se establece con la exclusión política, que además conlleva la de orden social y económico, y con ello la marginalización. Lamentablemente, sin embargo, en la doctrina política democrática, con demasiada frecuencia se confunden los conceptos, y cuando se habla de democracia participativa se la confunde con los mecanismos de democracia directa, y se la reduce, por ejemplo, a las iniciativas legislativas, consultas populares, cabildos abiertos y referendos⁵⁰³. Sin embargo, la democracia participativa es mucho más que eso.

Participar, en efecto, en el lenguaje común, es ser parte de...; es pertenecer a..., es incorporarse, contribuir, estar asociado o comprometerse a...; es tener un rol en..., es tomar parte activa, estar envuelto o tener una mano en...; es en fin, asociarse

503 V. Humberto Njaim, "Sobre la democracia participativa", *Discurso de incorporación como Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas, marzo 2005.

con..., es compartir o tener algo que ver con... Por ello, la participación política no es otra cosa que ser parte de una comunidad política, en la cual el individuo tiene un rol específico de carácter activo conforme al cual contribuye a la toma de decisiones, y que no se puede agotar, por ejemplo, en el sólo ejercicio del derecho al sufragio (que sin duda es una forma mínima de participación); o en ser miembro de sociedades intermedias, aún las de carácter político como los partidos políticos; o en votar en referendos (que también es otra forma mínima de participación).

Participación política democrática, por tanto, es estar incluido en el proceso político y ser parte activa del mismo, sin mediatizaciones; es en fin, poder tener acceso a la toma de decisiones públicas. Y ello, en ninguna sociedad democrática se ha logrado permanentemente con referendos o cabildos abiertos. Estos son formas de participación, pero de carácter mínimo. Tampoco se logra con manifestaciones así sean multitudinarias, donde la gente desfila blandiendo banderitas, criticando acerbamente o cantando o alabando obediente y sumisamente a un líder. Eso no es participación política; eso no es más que movilización o manifestación política, que es otra cosa. Esa, la historia se ha encargado de enseñárnosla en todas sus facetas, incluyendo las propias de los autoritarismos fascistas. Incluso las manifestaciones pueden ser poco amistosas, de protesta, a veces furiosas y violentas. Pero lo que es cierto es que no se las puede confundir con participación política.

Por ello debe enfatizarse que para que la democracia sea participativa, o si se quiere, para que la democracia sea inclusiva o de inclusión, tiene que permitir al ciudadano poder ser parte efectivamente de su comunidad política; tiene que permitirle desarrollar incluso conciencia de su efectiva pertenencia, es decir, de pertenecer a un determinado orden social y político, por ejemplo, a una comunidad; a un lugar; a una tierra; a un campo; a una comarca; a un pueblo; a una región; a una ciudad; en fin, a un Estado.

Se trata de lo que Norberto Bobbio denominó “el proceso de expansión del poder ascendente”, que amplía de la esfera de las relaciones políticas, y que pasa -decía-

[...] de la esfera de las relaciones en que el individuo es tomado en consideración en su papel de ciudadano, a la esfera de las relaciones sociales, donde el individuo es tomado en consideración en una diversidad de estatus y papeles específicos, por ejemplo, como padre y como hijo, como cónyuge, como empresario y trabajador, como maestro y como estudiante; y también como oficial y como soldado, como administrador y administrado, como productor y como consumidor, como gestor de servicios públicos y como usuario⁵⁰⁴.

Pero por supuesto, el tema central a resolver cuando se trata de la participación democrática, es determinar cómo y en qué lugar la misma puede realizarse. Como lo advirtió Giovanni Sartori: “O el autor de la democracia participativa se decide a clarificar positivamente dónde está lo que corresponde a cuál participación (de cuál naturaleza) y en cuáles lugares (en todas partes); o nos quedamos con un animal que no logró identificar”. Sobre ello, agregaba, hay “mucho ruido, es cierto, también mucha polémica furiosa; pero queda la duda de que haya nacido algo nuevo”⁵⁰⁵.

La verdad, sin embargo, es que la democracia participativa no es nada nuevo; ha estado siempre, desde los mismos días de las Revoluciones del Siglo XIX en mu-

504 Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México 1992, p. 42 .

505 Giovanni Sartori, *¿Que es democracia?*, Altamira Editores, Bogotá, 1994.

chos países hoy con democracias consolidadas; allí, en el nivel más ínfimo de los territorios de los Estados, en las Asambleas locales, en los Municipios, en las Comunidades. Lo que pasa es que no la hemos querido reconocer, e insistimos en confundirla con algunos instrumentos de democracia directa.

Por ello, el gran problema de la democracia contemporánea, y particularmente el problema de sus líderes y conductores, comenzando por los de los partidos políticos, es que a veces no entienden o mejor, no han querido entender qué es, efectivamente, participar en política, y dónde es que se puede realmente participar. Así, como hemos dicho, por una parte, en el ámbito de los demócratas, con gran frecuencia se la ha reducido al ejercicio político del voto, de elegir o de ser miembro de partidos políticos; pues sin duda, la efectiva participación complica el control férreo que estos han desarrollado respecto del proceso político. Por ello, muchas democracias contemporáneas han funcionado conforme al principio del centralismo democrático el cual también sirvió, en su momento, a las “democracias” que en 1989 desaparecieron con la caída del muro de Berlín.

Y por otra parte, en el ámbito de los neoautoritarismos, donde con frecuencia se blande la bandera de una supuesta “democracia participativa” para rechazar la democracia representativa, en realidad no se concibe otra forma de “participación” que no sea la que deriva de la relación directa entre líder y pueblo, signada por la ordenes y consignas del primero y la obediencia y sumisión del segundo. Eso, por supuesto, tampoco es participación política; es un engaño y una sustitución autocrática de la voluntad popular.

Por su parte, los líderes de los partidos políticos, con harta frecuencia, han concebido la participación política como un monopolio de estos mismos, que por ello adquieren un supuesto derecho a mediatizar totalmente la voluntad popular, sustituyéndola y apoderándose de ella, y excluyendo de la vida política a quienes no son miembros de los mismos.

En las sociedades democráticas avanzadas, en cambio, la participación está en la corriente sanguínea de la propia democracia, y por ello, incluso quienes la ejercen y la viven cotidianamente no se dan cuenta de ella; no le prestan atención y por ello, a veces, no se la logra identificar. Como sucede en las democracias europeas, que son democracias inclusivas, pero a veces se piensa que ello es así, naturalmente, cuando no es cierto.

No debe olvidarse que ello lo descubrió para Europa, Alexis de Tocqueville, cuando precisamente se topó con el régimen local asambleario que funcionaba desparramado en todo el territorio de las colonias inglesas en la costa este de Norteamérica, con su libro *La Democracia en América*, democracia que hervía en los *Town Halls*⁵⁰⁶. Esas instituciones comunales, decía De Tocqueville, “son a la libertad lo que las escuelas vienen a ser a la ciencia; la ponen al alcance del pueblo, le hacen paladear su uso político y lo habitúan a servirse de ella”⁵⁰⁷.

506 Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México 1973, pp. 79 y ss.

507 *Idem.* p. 78.

Y en Europa misma, esa democracia local fue uno de los productos más acabados y a veces incomprensidos de la propia Revolución Francesa⁵⁰⁸, la cual sin embargo, también fue advertida por el propio De Tocqueville en su otra clásica obra sobre *El Antiguo Régimen y la Revolución*, escrito veinte años después. Decía: “La administración local tiene un contacto diario con [los ciudadanos]; toca continuamente sus puntos más sensibles; influye en todos los pequeños intereses que forman el gran interés que se pone en la vida; es el objeto principal de sus temores y también el de sus esperanzas más queridas; los mantiene vinculados a ella por una infinidad de lazos invisibles que los arrastran sin que se den cuenta”⁵⁰⁹.

Y en efecto, dejando aparte y sin sustituir al sufragio y a los instrumentos de democracia directa, la participación política como democracia de inclusión en la cual el ciudadano puede tomar parte personalmente en un proceso decisorio, interviniendo en actividades estatales y en función del interés general⁵¹⁰, sólo puede tener lugar efectivamente en estamentos territoriales más reducidos, en el nivel regional, local, comunal o municipal. Es decir, sólo en los niveles territoriales inferiores de la organización del Estado es que se puede montar una organización participativa que permita la incorporación del ciudadano individual, o en grupos o en comunidades, en la vida pública, y particularmente en la toma de decisiones públicas generales o de orden administrativo.

Como lo señaló el ex Alcalde de Bogotá, Jaime Castro, “La democracia moderna no se concibe sin audaces formas de participación ciudadana y comunitaria en el ejercicio del poder a nivel local y regional. Sin la garantía de que todas y todos pueden y deben participar en la preparación de las decisiones que se piensen tomar sobre temas de interés general, en su adopción y ejecución, esto último mediante el control que realicen sobre la gestión de las autoridades y los particulares que ejerzan funciones públicas. Sólo esas formas democráticas de participación le cambian la cara a las instituciones y permiten hablar de un nuevo régimen político”⁵¹¹.

508 Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992; y Allan R. Brewer-Carías, “El paralelismo entre el constitucionalismo venezolano y el constitucionalismo de Cádiz (o de cómo el de Cádiz no influyó en el venezolano)” en *La Constitución de Cádiz. Hacia los orígenes del constitucionalismo iberoamericano y latino*, Unión Latina, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 223-333.

509 Alexis de Tocqueville, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Alianza Editorial, Tomo I, Madrid, 1982, p. 15.

510 V. por ejemplo, en relación con la administración de justicia, Alberto González, “Participación en la Administración de Justicia” en Jorge Londoño U. (Compilador), *Constitucionalismo, participación y democracia*, Librería Jurídica Ethos, Uniboyacá, Bogotá-Tunja, 1997, pp. 76-77.

511 Jaime Castro, *La cuestión territorial*, Editorial Oveja Negra, Bogotá 2003, pp. 201-202. Por ello, cabría preguntarse ¿Por qué será entonces, que en un excelente libro reciente sobre *Las democracias. Entre el Derecho Constitucional y la Política*, de los profesores Olivier Duhamel y Manuel José Cepeda Espinosa en sus más de 400 páginas donde los autores analizan los regímenes democráticos contemporáneos de Europa y América Latina, en la única página en la cual se habla y se usa la expresión de “democracia de participación” es en relación con el sistema suizo? V. Olivier Duhamel y Manuel José Cepeda Espinosa, *Las Democracias. Entre el Derecho Constitucional y la Política*, TM Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 1997, p. 56. Acaso el régimen constitucional de Suiza, entre otros factores por la superficie incluso del país, no es el paradigma del federalismo y del régimen local o cantonal?

2. Participación y descentralización

Pero por supuesto, el tema central que tiene que resolverse cuando se habla con propiedad de democracia participativa, es el de la determinación del nivel territorial que se requiere para la participación como cotidianeidad democrática, y la opción está entre el municipio desparramado en todos los rincones de un Estado, en cada villa, pueblo y caserío, situado bien cerca del ciudadano; o el gran municipio urbano o rural, situado al contrario bien lejos del ciudadano. Y además, en el establecimiento del nivel territorial intermedio entre el ámbito local y el nacional.

Acaso nos hemos preguntado, ¿por qué, realmente, las democracias consolidadas de Occidente son tales democracias? ¿Cómo es que en ellas la participación del ciudadano en la gestión de los intereses locales forma parte de la cotidianidad de la vida democrática?

Es cierto que todas las democracias tienen ciclos electorales, donde se vota con regularidad y tienen sistemas institucionales que son propios del Estado de Derecho. Pero algunos países son efectivamente más democráticos que otros. Y la respuesta del por qué esto es así, está precisamente en la municipalización o, si se quiere, en la efectiva fragmentación de las instituciones locales.

Para darnos cuenta de ello, basta hacer algunas comparaciones. Venezuela, con casi un millón de kilómetros cuadrados de superficie y más de 24 millones de habitantes, tiene sólo 338 Municipios. Francia, en cambio, con la mitad de dicha superficie y 59 millones de habitantes, tiene 36.559 Municipios o Comunas; es decir, cien veces más. Pero lo importante, ciertamente, no es el número de municipios que tenga un país, sino la relación que tiene que existir entre la autoridad local y el número de habitantes. En tanto que en Venezuela es de 71.715 habitantes por Municipio, en Francia, en cambio es de 1.613 habitantes por Municipio, es decir, cuarenta veces menos.

Cualquier revisión de esta relación que se haga en los países democráticos, da cifras sorprendentes, sobre todo cuando las comparamos con las nuestras en América Latina. España tiene 8.056 Municipios con un promedio de población de 4.825 habitantes; en Austria hay 2.353 Municipios, con un promedio de población de 3.400 habitantes. Los 8.104 Municipios de Italia tienen un promedio de 7.157 habitantes. En Suiza hay 3.000 Municipios con un promedio de población de 2.333 habitantes; y en Alemania hay 16.098 Municipios, con un promedio de población de 5.086 habitantes⁵¹².

En Europa continental, además, debe destacarse que los Municipios de menos de 2000 habitantes representan un porcentaje elevadísimo en relación con los muy poblados, por ejemplo, el 40% en Italia y el 89% en Francia.

Con más precisión, en Alemania, por ejemplo, de sus 16.098 municipios, un 76% tiene menos de 5.000 habitantes; y en España, alrededor del 86% de sus más de 8.056 municipios, tienen menos de 5.000 habitantes, agrupando sólo el 16% de la

512 V. Luciano Vandelli, *El Poder Local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid 1992, pp. 179; Allan R. Brewer-Carias, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 139 y ss.

población, y el 61% tiene menos de 1.000 habitantes⁵¹³. Debe destacarse además, como un ejemplo de lo que significa para un país tener territorialmente muchos pequeños municipios, el caso de la sola Comunidad de Castilla y León de España, que alberga algo más de un cuarto del total de los Municipios de ese país, con 2.248 municipios para 2.484.603 habitantes (con un promedio general de algo más de 1000 habitantes por municipio), de los cuales el 68,5 %, es decir, 1.540 municipios tienen menos de 500 habitantes⁵¹⁴.

En nuestro Continente Americano, se destaca, además, el caso de los Estados Unidos y Canadá que tienen territorios casi iguales de casi 10 millones de kilómetros cuadrados, pero una población muy disímil: 30 millones en Canadá y más de 250 millones en los Estados Unidos. Pero en Canadá hay 4.507 Municipios, con un promedio de 6.878 habitantes por Municipio; y en los EE.UU., hay 70.500 Municipios, con un promedio de 3.872 habitantes por Municipio.

En definitiva, en el mundo de los países con democracias más desarrolladas, el promedio de habitantes por Municipio varía entre 1.600 y 7.000 habitantes. En contraste, en nuestros países de América Latina el panorama es diferente: en Argentina, para 37 MM de habitantes, hay 1617 municipios con un promedio de población de 22.882 habitantes; en Bolivia, para 8 MM de habitantes, hay 312 municipios con un promedio de población de 25.642 habitantes; en Brasil, para 168 MM de habitantes, hay 5.581 municipios con un promedio de población de 30.102 habitantes; en Chile, para 15 MM de habitantes, hay 340 municipios con un promedio de población de 44.117 habitantes; en Colombia, para 42 MM de habitantes, hay 1.068 municipios con un promedio de población de 39.326 habitantes; en Cuba, para 11 MM de habitantes, hay 169 municipios con un promedio de población de 65.389 habitantes; en Ecuador, para 12 MM de habitantes, hay 1.079 municipios con un promedio de población de 11.121 habitantes; en El Salvador, para 6 MM de habitantes, hay 262 municipios con un promedio de población de 22.900 habitantes; en Guatemala, para 11 MM de habitantes, hay 324 municipios con un promedio de población de 33.950 habitantes; en Honduras, para 6 MM de habitantes, hay 293 municipios con un promedio de población de 20.478 habitantes; en México, para 97 MM de habitantes, hay 2.418 municipios con un promedio de población de 40.116 habitantes; en Nicaragua, para 5 MM de habitantes, hay 143 municipios con un promedio de población de 34.965 habitantes; en Paraguay, para 5 MM de habitantes, hay 212 municipios con un promedio de población de 23.585 habitantes; en Perú, para 25 MM de habitantes, hay 1808 municipios con un promedio de población de 13.827 habitantes; en República Dominicana, para 8 MM de habitantes, hay 90 municipios con un promedio de población de 88.889 habitantes; en Uruguay, para 3 MM de habitantes, hay 19 municipios con un promedio de población de 157894 habitantes; y en Venezuela, para 24 MM de habitantes, hay 338 municipios con un promedio de población de 71.006 habitantes⁵¹⁵.

513 V. Torsten Sagawe, "La situación de los pequeños municipios en Europa: con especial referencia a la República Federal de Alemania", en Luis Villar Borla et al, *Problemática de los pequeños Municipios en Colombia ¿Supresión o reforma?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003, p. 40.

514 *Informe sobre el Gobierno Local*, Ministerio para las Administraciones Públicas. Fundación Carles Pi i Sunyer d'Étudis Autònoms y Locals, Madrid 1992, p. 27.

515 V. las referencias en Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 139 y ss.

De lo anterior deriva que la clave de la democracia de participación está, precisamente, en acercar el Poder al ciudadano, para que pueda efectivamente participar. Por ello, en nuestros países, mientras la autoridad local esté tan alejada del ciudadano, no llegaremos a ser efectiva y cotidianamente democráticos.

La gran reforma democrática en nuestros países, por tanto, está en la Municipalización, pero sin uniformismo, pues no podemos multiplicar al gran Municipio burocratizado de las áreas urbanas y trasladarlo a las rurales. La diferenciación de regímenes municipales es una de las primeras necesidades de la vida local.

En todo caso, mientras más se municipalice un país, y se transfieran poder y competencias propias de la vida local a las pequeñas organizaciones primarias autogestionadas, más necesaria entonces será la estructuración de poderes descentralizados a niveles intermedios entre el Poder Central y el Municipio. Por ello, hay una relación directa y paralela entre la descentralización local y la descentralización nacional a niveles intermedios.

Al señalar esto, por supuesto, tampoco estamos descubriendo nada nuevo. Como se ha dicho anteriormente, todos los Estados contemporáneos han experimentado la misma crisis derivada de la consolidación de la democracia. Por ello, en Europa, por ejemplo, como consecuencia de la reimplantación y desarrollo de la democracia, para asegurar su sobrevivencia y establecer canales de participación política, durante los últimos cincuenta años ha seguido un proceso de descentralización política. Así sucedió, como se ha analizado, con los viejos Estados Unitarios que sobre la base de estructurar regiones políticas, se han venido organizando territorialmente en forma descentralizada, dando incluso origen, en algunos casos, a una nueva forma de Estado, la del “Estado Regional”, más descentralizado, a veces, que las viejas Federaciones. Así sucedió en España, al surgir como país democrático después del franquismo, con el Estado de Comunidades Autónomas; y con las Regiones Políticas que por ejemplo, se han establecido en Italia, Francia, Bélgica y Portugal. La reforma constitucional en Inglaterra también ha conducido a la creación o reaparición de parlamentos regionales, como en Escocia y Gales, mediante la *devolution* o descentralización política, que ha formado parte importante de la política actual del laborismo.

En cuanto a las viejas Federaciones, estas han sido recompuestas o reforzadas redistribuyéndose el Poder hacia los Estados miembros o cantones, como ha sucedido en Alemania o Suiza. Lo mismo puede decirse del federalismo norteamericano o canadiense y, en general, de las nuevas fórmulas de distribución del Poder Público en las federaciones. De ello resulta, por supuesto, que el proceso de descentralización política no puede identificarse con el solo federalismo. En la actualidad, como indicamos, hay “Estados Unitarios descentralizados” como España y Colombia que, incluso, son relativamente más descentralizados políticamente, que muchas viejas Federaciones, como la de Venezuela.

En todo caso, lo importante a destacar aquí es que este proceso de descentralización que también se está llevando a cabo, en una u otra forma, en todos los países de América Latina, también está condicionado y es producto del proceso de democratización que han experimentado nuestros países, como consecuencia del afianzamiento del régimen democrático y, además, como condición necesaria para que perdure y sobreviva.

De lo anterior resulta, por tanto, particularmente, que el tema de la democracia participativa está indisolublemente ligado, no a la democracia directa, sino a la descentralización política y a la municipalización, y la misma no se puede materializar con solo propuestas de incorporación al régimen democrático de instrumentos como los referendos o las consultas o las iniciativas populares. La democracia participativa no se agota ni se puede confundir con la democracia directa, como suele suceder en muchos estudios sobre la democracia que propugnan su perfeccionamiento⁵¹⁶.

La verdad es que para ubicar exactamente qué es la democracia participativa, lo que tendríamos que hacer, entre otras cosas, es preguntarnos: ¿porqué hay países que llamamos democráticamente desarrollados como los europeos, donde no se plantea con tanta urgencia la necesidad de la participación ciudadana y en los cuales precisamente impera la fragmentación municipal? En cambio, también tenemos que preguntarnos, ¿Por qué es que en todos nuestros países latinoamericanos, que al contrario, tienen muy pocos municipios para sus enormes territorios estatales y su población, es donde sin embargo, más se grita al unísono contra nuestras insuficiencias democráticas clamándose a la vez por una democracia participativa?

La participación política como cotidianeidad democrática o como parte de la democracia como forma de vida, sólo puede darse a nivel regional y básicamente local. No hay otra instancia en los Estados; lo demás es falacia y engaño, o mecanismos de democracia directa. Por ello es que el tema, precisamente, no tiene tanta notoriedad en los países europeos, donde la participación es de todos los días, en las pequeñas cosas que pueden tratarse en esos pequeños municipios rurales como por ejemplo, son precisamente los de Castilla. La participación local se tiene cotidianamente; está allí, diariamente, en la vecindad e, incluso, en los Consejos Abiertos que tan bien ha estudiado Enrique Orduña, con los cuales se gobiernan por ejemplo, al menos 419 de los municipios de la Comunidad de Castilla y León con población inferior a 100 habitantes, y que se ha mantenido a través de los Siglos y de los regímenes políticos, habiendo encontrado incluso reconocimiento constitucional en 1978⁵¹⁷.

La participación política o la democracia participativa están por tanto, íntimamente unidas al localismo y a la descentralización, y ésta, a la limitación del poder, lo que es consustancial con la democracia. El régimen local, es entonces, como lo ha dicho Eduardo García de Enterría, la estructura que “da curso al derecho ciudadano a participar en todos, completamente en todos los asuntos públicos que afectan a la propia comunidad”⁵¹⁸; de manera que como ya nos lo advirtió hace más de treinta años nuestro muy recordado amigo Sebastián Martín Retortillo, cuando España aún no había entrado en el proceso de transición hacia la democracia, en aquella excelente obra que dirigió sobre *Descentralización administrativa y organización política*, al destacar las raíces eminentemente políticas del tema; constataba que la participación efectiva del ciudadano común, siempre presupone la descentraliza-

516 V. por ejemplo, en Venezuela, los estudios publicados en *Participación Ciudadana y Democracia*, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, Caracas 1998.

517 Enrique Orduña R., *Democracia directa municipal*. Concejos y Cabildos Abiertos, Editorial Civitas, Madrid, 1994.

518 Citado en Sebastián Martín Retortillo, en “Introducción” al libro Sebastián Martín Retortillo et al, *Descentralización administrativa y organización política*, Tomo I, Ediciones Alfaguara, Madrid, 1973, p. LVIII.

ción⁵¹⁹; de manera que sin temor a equivocarnos podemos afirmar que no sólo sin descentralización político o territorial, es decir, sin que exista una multiplicidad de poderes locales y regionales, no puede haber participación política, sino que en definitiva no puede haber una democracia participativa. La descentralización es, por tanto, la base de la democracia participativa y a la vez, el impulso de la democratización y control del poder. El centralismo, en cambio es la base de la exclusión política al concentrar el poder en unos pocos electos, y a la vez, el motivo del desprestigio de la democracia representativa por más aditivos de democracia directa o refrendaria que se les implante.

Por ello decíamos en la conferencia sobre “El Municipio, la descentralización política y la democracia” que nos correspondió dictar en el *XXV Congreso de la Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal*, en Guadalajara, en 2001, que “el debate contemporáneo en nuestros países por más democracia, tiene que centrarse en el rescate del proceso de descentralización política. Perfeccionar la democracia exige hacerla más participativa y más representativa, para lo cual la única vía posible que existe es acercando el Poder al ciudadano, y ello sólo puede lograrse descentralizando territorialmente el Poder del Estado y llevarlo hasta la más pequeña de las comunidades; es decir, distribuyendo el Poder en el territorio nacional”. Y agregaba además, que “cualquiera que sea la forma de descentralización política, se trata de proyectos y propuestas contrapuestos radicalmente al centralismo de Estado y a la concentración del Poder, que son esencialmente antidemocráticos”. En definitiva, la propuesta política que entonces formulamos, y que hemos insistido en ratificar, “busca el diseño en nuestros países, de un nuevo sistema político que la democracia exige, y que sólo puede tener por objeto hacerla más participativa, con gran presencia de la sociedad civil, y más representativa de las comunidades. Ello implica desparramar el poder en todo el territorio, hasta la última de las comunidades, para que el ciudadano y sus sociedades intermedias puedan realmente participar”⁵²⁰.

Y ello implica, además de la conformación de los niveles intermedios o regionales, por sobre todo, la municipalización de los territorios de nuestros países, para rescatar, más de doscientos años después, lo que fue la decisión terminante de la Asamblea Nacional Constituyente francesa en aquél diciembre de 1789, y que se traduciría hoy en nuestros países contemporáneos, en la frase de que toda comunidad rural, todo caserío, todo pueblo, todo barrio urbano, debía tener su autoridad local como comunidad política, que llamaremos municipio conforme a nuestra tradición histórica. Como lo enuncia la Constitución de la Provincia del Chaco, en Argentina: “Todo centro de población constituye un municipio autónomo...”⁵²¹.

519 *Idem*, p. LIX.

520 *V.* el texto en el libro, *XXV Congreso Iberoamericano de Municipios*, Guadalajara, Jalisco, México del 23 al 26 de octubre de 2001, Fundación Española de Municipios y Provincias, Madrid 2003, pp.453 y ss

521 Artículo 182. Citado por Augusto Hernández Barrera, “Objetivos inéditos de la categorización municipal” en Luis Villar Borda et al, *Problemática de los Pequeños Municipios en Colombia ¿Supresión o reforma?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003, p. 108. *V.* además, Augusto Hernández Becerra, *Ordenamiento y desarrollo territorial en Colombia*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá 2001.

Pero por supuesto, para ello, es decir, para una reforma política de esta naturaleza, hay que pensar en otro municipio, para no desparramar territorialmente la estructura burocrática local, mal y uniformemente concebida que tenemos en muchos de nuestros países y que lo que podría provocar es peor democracia. La diferenciación municipal, entonces, es consustancial con la municipalización como instrumento para acercar el municipio al ciudadano; porque como ya lo hemos dicho más de una vez, “Un Municipio lejos de las comunidades y vecindades, como es en general el Municipio en nuestros países latinoamericanos, materialmente no sirve para nada bueno, ni para la participación política ni para la gestión eficiente de los asuntos locales, ni por supuesto, para la democracia”⁵²².

A nivel local, además, es donde florece la libertad en medio de la diversidad, y es donde en definitiva en un mundo cada vez más globalizado como el actual, el hombre, el ciudadano común encuentra su refugio e identifica el lugar de su pertenencia. Los hombres tenemos que terminar de constatar que en definitiva, frente a la incontenible tendencia hacia la globalización, que está allí y aquí, basada en lo transnacional y en la integración de los países, que produce ese proceso de uniformismo personal, que desdibuja la singularidad de las personas o que despersonaliza al individuo, que todos captamos; frente a ello, se ha venido desarrollando en paralelo otra tendencia mundial pero hacia la regionalización e incluso, la lugarización, basada en el rescate de las regiones o los “lugares”, donde se identifica la singularidad de las personas, es decir, se vuelve a la persona, en su pertenencia a un lugar, donde se revaloriza lo “lugareño” y la vecindad, que puede ser una aldea, un pueblo, un barrio o un condominio. Siempre será, necesariamente, un espacio geográfico limitado en tamaño, de tal manera que la gente pueda establecer relaciones interpersonales⁵²³. Y allí, en definitiva, es donde se puede efectivamente participar desde el punto de vista político.

Pero al revalorizarse lo local, frente al ámbito nacional, resulta indispensable y necesario el establecimiento del nivel territorial intermedio, el de la región, a los efectos de asegurar la mejor gestión de los asuntos públicos.

3. La reafirmación de la democracia representativa y los valores de la democracia

El debate sobre la descentralización en América Latina por ello, en definitiva, es un debate sobre la democracia y sobre el fin de más de un siglo de centralismo, que si bien contribuyó a la consolidación de los Estados Nacionales y a la implantación de la propia democracia por los partidos organizados bajo el esquema del centralismo democrático, hoy es el principal elemento que está conspirando contra la propia democracia y, que, además, impide la efectividad de las tareas del sector público.

En definitiva, no se trata de sustituir la democracia representativa por una supuesta e ilusoria democracia directa, que es de imposible existencia, sino de sustituir el

522 V. el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 127 y ss.

523 Francisco González Cruz, *Globalización y Lugarización*, Universidad Valle del Momboy, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales, Universidad de los Andes, La Quebrada, 2001.

sistema político centralizando de partidos por un sistema descentralizado y participativo, haciendo la democracia más participativa y más representativa, lo que sólo puede lograrse distribuyendo efectivamente el Poder en el territorio, de manera que esté cerca de los ciudadanos, de sus comunidades y organizaciones.

Pero en todo caso, ese Poder en el cual debe participarse, sólo puede ejercerse mediante representación, por funcionarios electos.

Pensar sustituir la democracia representativa, que necesariamente hay que perfeccionar, por esquemas ilusos y autoritarios de asambleas de barrios con votación pública, a mano alzada, controladas por supuestos defensores de una causa política determinada, a la cual se denominaría “democracia directa”, no es más que un salto al vacío que conduce inexorablemente al ahogamiento de la propia democracia y del pluralismo, y a la prohibición del disenso. Una supuesta democracia lineal, uniforme, prescrita por algunos iluminados, es un fraude contra la cual debemos reaccionar todos, pues nos impediría disentir y cuestionar; es decir, nos impediría ejercer las más elementales virtudes de la democracia.

Por todo lo dicho, una de las manifestaciones más perversas de la crisis del sistema político de centralismo de Estado y partidocracia que se han evidenciado en algunos de nuestros países durante las últimas décadas, ha sido la emergencia del discurso antidemocrático que critica a la democracia misma, identificándola sólo con los mecanismos procesales de voto para la conformación del Poder. En esta forma, se pretende reducir la democracia a una democracia formal, como si la elección por partidos realizada cíclicamente la hubiera agotado.

Ante ello, es necesario revalorizar a la democracia como gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, destacándose los valores que conforman este régimen político y que son mucho más que la elección regular de representantes. Cuando estos valores se identifican, queda entonces clara la necesaria condena al discurso antidemocrático. No es superfluo, por tanto, recordarlos en este foro.

El primero de los valores de la democracia es la *igualdad*, lo que políticamente se concreta en la igualdad de voto en los procesos electorales. Todos los votos valen lo mismo y nadie tiene voto preferencial en relación a los otros ciudadanos. Políticamente, por tanto, no hay distinción alguna en el valor de la manifestación de voluntad de cada ciudadano, y nadie puede arrogarse la representación de todo el pueblo, por más popularidad que esgrima.

El segundo de los valores que sólo la democracia representa, es la *libertad*, lo que implica políticamente no sólo el derecho de hacer todo lo que la ley no prohíbe, sino el derecho a escoger pluralmente las alternativas de gobierno; en definitiva, la libertad de autodeterminación, sin uniformismos ni imposiciones. Por ello, el pluralismo político es de la esencia de la democracia, lo que implica el rechazo de todo esquema único con el cual se pretenda organizar el Poder e imponerle a los ciudadanos una particular concepción de la organización social.

La libertad, por otra parte, implica *tolerancia*. Si todos los hombres son libres, el límite a la libertad es el derecho de los demás y el orden público y social, lo que implica el respeto de las opiniones y posiciones de todos. En la democracia, por tanto, deben regir el diálogo, la concertación, los acuerdos, todo basado en tolerar la disidencia, rechazando toda sociedad en la que sólo algunos pretendan tener la verdad oficial.

El tercer valor de la democracia es la *dignidad de la persona humana*, que no puede ser desconocida ni despreciada ni siquiera por las mayorías, por más abrumadoras que sean; ni por quienes se dicen sus representantes. Todo ser humano es igual y tiene derecho a que se respete su dignidad y personalidad, sin más limitaciones que las que deriven del derecho de los demás. En libertad, la persona humana es ciudadano, no es súbdito ni vasallo ni está sujeto a obediencia ciega; sólo está sometido a la Constitución y la ley.

Por ello, el cuarto valor de la democracia es el *sometimiento al derecho*, es decir, la democracia es un régimen de gobierno de la ley, no de los hombres. Estos sólo pueden gobernar conforme a la ley, siendo la legalidad el límite de los gobiernos y la garantía de la igualdad. Sólo la ley y su acatamiento por todos, gobernantes y gobernados, asegura que el hombre digno y ciudadano sea igual. La revalorización de la legalidad, además, hace realidad la noción de Estado de Derecho, es decir, del Poder sometido al derecho, sea quien sea quien lo ejerza. Ninguna mayoría ni popularidad que tenga un gobernante o un órgano de representantes, puede justificar la violación de la Constitución.

Pero el quinto valor de la democracia es el de la necesaria *limitación y control del Poder*, sobre lo que ya he insistido. Ningún Poder puede ser ilimitado; lo tiene que limitar la ley y la organización misma del Poder mediante su distribución y separación. Ello implica que en democracia no puede haber concentración del poder político ni en unas solas manos ni en un grupo de personas. El Poder, en la democracia, esencialmente tiene que estar distribuido y separado de manera que el Poder sea quien frene al Poder. La concentración del Poder y el centralismo, en consecuencia, son esencialmente contrarios a la democracia. Ello, por supuesto, tampoco es nada nuevo en el constitucionalismo. Hace más de dos siglos Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu, decía:

Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él; y lo hace hasta que encuentra límites... Para que no se pueda abusar del poder es necesario que por disposición de las cosas, el poder limite al poder⁵²⁴.

Y agregaba:

Los Príncipes que han querido volverse déspotas siempre han comenzado por reunir en su persona todas las Magistraturas⁵²⁵.

De allí la afirmación tajante de John Madison, al construir el sistema constitucional americano:

La acumulación de todos los poderes... en las mismas manos... puede considerarse justamente, como la definición de la tiranía⁵²⁶.

Por todo ello, la democracia tiene que conducir a un esquema de Estado que garantice la libertad, la dignidad, la igualdad, la legalidad, lo que implica el rechazo tanto al centralismo y concentración del Poder como a la penetración del Estado en los campos de la sociedad civil. El intervencionismo de Estado, por tanto, al ser

524. *De l'Esprit des lois*, (ed. G. Tunc), Paris 1949, Vol. I, Libro XI, Cap. IV, pp. 162-163.

525. *Idem*, p. 169.

526. *The Federalist*, (ed. B.F. Wright), Cambridge 1961, n° 47, p. 361.

concentrador del poder económico en pocas manos, en definitiva, también es esencialmente antidemocrático.

Teniendo en cuenta estos valores de la democracia, por supuesto, ella, como régimen político, es mucho más que una formalidad de elecciones cíclicas.

Por ello hay que preservarla y revalorizarla, repudiando el discurso autoritario que pretende sustituirla por un régimen político donde no existan los valores mencionados. La crítica, que compartimos, a la exclusiva representatividad de partidos que hemos tenido en muchos de nuestros países y al procedimiento formal de elección regular, no puede transformarse en un rechazo a la democracia en si misma y a sus valores, sino en un esfuerzo por profundizarla.

Por ello, para enfrentar el discurso antidemocrático, hay que machacar una y otra vez los valores de la democracia que sólo en democracia se pueden realizar.

No olvidemos que los esfuerzos por cambiar el sistema electoral y hacerlo más representativo de las comunidades y de la ciudadanía, y no sólo de los partidos, que se han realizado en muchos de nuestros países, no siempre han logrado su objetivo. Por ejemplo, la forma del voto en las elecciones, por más intentos parciales de implantar la uninominalidad que se han hecho, en muchos casos ha sido diseñada para que, en definitiva, prevalezca el voto por partidos y no por individuos. Sobre todo a nivel local, debe hacerse un gran esfuerzo para combinar el voto por partidos con el voto uninominal, por personas, elegidas por nombre y apellido y que representen a las comunidades y a los ciudadanos, lo que no excluye, por supuesto, que sean postulados o apoyados por partidos políticos que, en definitiva, son de la esencia de toda democracia.

Por otra parte, debemos insistir en que cuando se habla de democracia directa como contrapuesta a la democracia representativa, debe tenerse claro que un Estado no puede funcionar con base en decisiones adoptadas en Asambleas públicas y populares, como consecuencia de iniciativas populares, o mediante referendos consultivos, aprobatorios, autorizatorios o revocatorios.

Con todos esos instrumentos de participación o de democracia directa, sin duda, se puede perfeccionar el régimen democrático, pues se permite al pueblo reaccionar directamente contra o en relación con las decisiones políticas que adopten los representantes, incluso con resultados contrarios a las mismas, dado que estos con frecuencia tienen intereses, incluso partidistas, distintos a los de los ciudadanos. Los referendos son así, mecanismos de control directo de los ciudadanos en relación a sus representantes políticos; pero en definitiva constituyen un complemento de los gobiernos representativos que caracterizan las democracias modernas, y no su sustitución.

Pero de nuevo debe constatararse que, por ejemplo, para que los referendos puedan efectivamente servir de instrumentos para perfeccionar la democracia, el Poder Público tiene que estar efectivamente descentralizado, es decir, que previamente debe existir un sistema de distribución territorial o vertical del Poder Público, con autonomías político-territoriales y competencias propias sobre las cuales se pueda consultar a la ciudadanía.

Por eso decía al inicio, que además de todos los factores clásicos de la democracia, el que asegura su operatividad es el que postula un sistema institucional de control

del poder, por su distribución, no sólo horizontal a través del clásico principio de la separación de poderes, sino vertical, en el territorio hasta llegar al Municipio.

VI. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA DESCENTRALIZACIÓN EN EL ECUADOR Y EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA AUTONÓMICO (2006)

1. El Estado unitario con entidades políticas territoriales

La Constitución del Ecuador organiza al Estado como un Estado unitario (art. 1).

Sin embargo, además de las instituciones que conforman los organismos y dependencias que ejercen las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial, y de los organismos electorales, de control y de regulación; el artículo 118 de la Constitución agrega que el Estado también está integrado por otras instituciones que constituyen entidades políticas descentralizadas territorialmente que son “las entidades que integran el régimen seccional autónomo” (art. 118,4), particularmente las Provincias, los Cantones (municipios) y las parroquias. En este último caso, en nuestro criterio, la autonomía de estos entes territoriales para su organización y funcionamiento, deriva de la propia Constitución (art. 119).

De acuerdo a la Constitución, por otra parte, tanto el Estado como las entidades seccionales autónomas, deben responder civilmente por los daños y perjuicios causados a los habitantes, por su negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo y por la carencia de servicios que hayan sido pagados (art. 92)

2. Los principios de la administración pública nacional descentralizada y desconcentrada

A. Los principios de descentralización funcional

Además, conforme al mismo artículo 118 de la Constitución, también son instituciones del Estado, no sólo los organismos y entidades descentralizados funcionalmente “creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado” (ord. 5), sino “las personas jurídicas creadas por *acto legislativo seccional* para la prestación de servicios públicos”, es decir, los organismos descentralizados funcionalmente creados por los Consejos Provinciales y los Consejos Cantorales de las entidades políticas territoriales (ord. 6). Todos estos organismos “integran el sector público” (ord. 6).

B. La administración pública nacional descentralizada y desconcentrada

En cuanto a la administración del Estado, el artículo 1 de la Constitución dispone que el gobierno del Estado, además de “republicano, presidencial, electivo, repre-

sentativo, responsable, alternativo, participativo”, debe ser de “administración descentralizada” (artículo 1); insistiendo el artículo 124 en que “la administración pública se organizará y desarrollará de manera descentralizada y desconcentrada” (art. 124), siendo el Presidente de la República, quien ejerce la Función Ejecutiva, el órgano “responsable de la administración pública” (art. 164).

La descentralización de la administración pública, por lo demás, es un principio constante en la Constitución, y a ella se hace referencia por ejemplo, al regularse el sistema nacional de salud, que se debe integrar con las entidades públicas, autónomas, privadas y comunitarias del sector, y debe funcionar “de manera descentralizada, desconcentrada y participativa”(art. 45). El Estado, además, conforme a la misma norma, está obligado a “organizar un sistema nacional descentralizado de protección integral para la niñez y la adolescencia”, regulando la forma de integración de su órgano rector de carácter nacional (art. 45). La misma norma agrega, sin embargo, que “los gobiernos seccionales formularán políticas locales y destinarán recursos preferentes para servicios y programas orientados a niños y adolescentes”.

En cuanto a la prestación del seguro general obligatorio, el artículo 58 de la Constitución dispone que ello es responsabilidad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que es una entidad autónoma cuya organización y gestión se debe regir “por los criterios de eficiencia, descentralización y desconcentración”(art. 58).

Igualmente, en materia del sistema nacional de educación, la Constitución exige que se incorporen “en su gestión estrategias de descentralización y desconcentración administrativas, financieras y pedagógicas” (art. 68). En el mismo sentido, el artículo 74 de la Constitución precisa los rubros de la educación que deben recibir ayuda del Estado, agregando que “los organismos del régimen seccional autónomo podrán colaborar con las entidades públicas y privadas, con los mismos propósitos, sin perjuicio de las obligaciones que asuman en el proceso de descentralización”.

En materia del sistema de economía social de mercado, entre otros aspectos, al Estado le corresponde “formular, en forma descentralizada y participativa, planes y programas obligatorios para la inversión pública y referenciales para la privada” (art. 244,2). Igualmente, en cuanto al sistema nacional de planificación el mismo debe establecer los objetivos nacionales permanentes en materia económica y social, y fijar metas de desarrollo a corto, mediano y largo plazo, que deben “alcanzarse en forma descentralizada” (art. 254). Este sistema nacional de planificación debe estar a cargo de un organismo técnico dependiente de la Presidencia de la República, en el cual debe haber la participación de los gobiernos seccionales autónomos y de las organizaciones sociales que determine la ley (art. 255).

En los organismos del régimen seccional autónomo podrán establecerse departamentos de planificación responsables de los planes de desarrollo provincial o cantonal, en coordinación con el sistema nacional.

C. Los principios de la desconcentración de la administración pública nacional: el régimen seccional dependiente

La Constitución también regula el llamado “régimen seccional dependiente”, el cual en realidad se configura como un régimen de desconcentración administrativa del gobierno y administración pública central.

A tal efecto se regula la figura del Gobernador que debe existir en cada Provincia, como representante del Presidente de la República, al cual corresponde coordinar y controlar las políticas del gobierno nacional en la respectiva Provincia, así como dirigir las actividades de funcionarios y representantes de la Función Ejecutiva en cada provincia (art. 227). El Gobernador, así concebido, es un funcionario nacional, para dirigir la administración nacional desconcentrada en cada Provincia.

El gobierno central puede desconcentrar su gestión delegando atribuciones a los funcionarios “del régimen seccional dependiente”, es decir, los que integran la administración pública nacional en las Provincias (art. 225).

3 Los principios de la descentralización territorial

El título XI de la Constitución al regular “la organización territorial y descentralización”, establece el llamado “régimen administrativo y seccional” mediante la organización de entidades político territoriales, particularmente las provincias, los Cantones (municipios) y las parroquias.

A. Las entidades territoriales y la política de descentralización

a. *Las Provincias, cantones y parroquias*

En efecto, el artículo 224 de la Constitución establece la división político territorial para la administración del Estado y la representación política, en tres entidades generales y uniformes: las provincias, los cantones y las parroquias; y además, otras no uniformes como son las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas que deben ser establecidas por la ley.

Conforme al artículo 229, las provincias, cantones y parroquias se pueden asociar para su desarrollo económico y social y para el manejo de los recursos naturales.

b. *La política de descentralización de competencias nacionales hacia las entidades territoriales*

La descentralización se formula en la Constitución como una política nacional, a cuyo efecto, se obliga al Estado a impulsar el desarrollo armónico del país, el fortalecimiento de la participación ciudadana y de las entidades seccionales, y la distribución de los ingresos públicos y de la riqueza, “mediante la descentralización y la desconcentración” (art. 225).

c. *La transferencia de competencias del gobierno central*

A tal efecto, la Constitución obliga al gobierno central a transferir “progresivamente funciones, atribuciones, competencias, responsabilidades y recursos a las entidades seccionales autónomas o a otras de carácter regional”.

El gobierno central, por tanto, puede descentralizar progresivamente competencias nacionales hacia las entidades seccionales autónomas, excepto las competencias en materia de defensa y seguridad nacionales, la dirección de la política exterior y las relaciones internacionales, la política económica y tributaria del Estado, la gestión de endeudamiento externo y aquellas que la Constitución y convenios internacionales expresamente excluyan (art. 226). En los casos en los cuales una entidad seccional solicite la transferencia de competencias, la descentralización se considera obligatoria, siempre que la entidad tenga capacidad operativa para asumirla (art. 226).

Un principio básico constitucional en la materia es que en virtud de la descentralización, no puede haber transferencia de competencias sin transferencia de recursos equivalentes, ni transferencia de recursos, sin la de competencias (art. 226).

B. La organización de los gobiernos seccionales autónomos

a. *Los gobiernos territoriales autónomos y su régimen nacional*

La Constitución establece para las entidades político-territoriales, un sistema de gobiernos colegiados, al disponer en su artículo 228, que los gobiernos seccionales autónomos “serán ejercidos por los consejos provinciales, los concejos municipales, las juntas parroquiales y los organismos que determine la ley para la administración de las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas”. Corresponde por tanto, a la ley nacional, determinar la estructura, integración, deberes y atribuciones de los consejos provinciales y concejos municipales, la cual debe cuidar la aplicación eficaz de los principios de autonomía, descentralización administrativa y participación ciudadana (artículo 230). La ley nacional también debe establecer las formas de control social y de rendición de cuentas de las entidades del régimen seccional autónomo (art. 237). Todo ello lo corrobora el artículo 141,4 de la Constitución, al exigir que será necesaria la expedición de una ley para atribuir deberes o cargas a los organismos del régimen seccional autónomo.

Por otra parte, las leyes del régimen seccional autónomo deben ser leyes orgánicas (art. 142,1)

b. *El régimen autonómico*

De acuerdo con el artículo 228 de la Constitución, en cuanto a las Provincias y los Cantones, en las mismas, los gobiernos provincial y cantonal están a cargo de los mencionados Consejos provinciales y municipales, los cuales gozan de plena autonomía. Tienen además, específicamente, facultad legislativa mediante la cual pueden dictar ordenanzas, crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras.

Es decir, los gobiernos territoriales tienen autonomía política, autonomía normativa y cierta autonomía tributaria, además de la autonomía administrativa. En todo caso, corresponde a la ley establecer las competencias de los órganos del régimen seccional autónomo, para evitar superposición y duplicidad de atribuciones, y regular el procedimiento para resolver los conflictos de competencias (art. 236).

Por otra parte, específicamente corresponde a los organismos del régimen seccional, con el voto favorable de las tres cuartas partes de sus integrantes, el resolver que se convoque a consulta popular a los ciudadanos de la correspondiente circunscripción territorial, cuando existan circunstancias de carácter trascendental atinentes a su comunidad, que justifiquen el pronunciamiento popular (art. 106). En los casos de consulta popular y revocatoria del mandato, los gastos que demanden la realización de la consulta o la revocatoria del mandato, se imputarán al presupuesto del correspondiente organismo seccional (art. 113).

c. *Las provincias y los gobiernos provinciales: Los Consejos y Prefectos Provinciales*

Los Consejos Provinciales que deben existir en cada Provincia, conforme al artículo 233, tendrán su sede en la capital de la Provincia.

Se deben conformar con el número de consejeros fijados por la ley nacional, en relación directa con su población; los cuales deben desempeñar sus funciones durante cuatro años. La mitad más uno de los consejeros deben ser elegidos por votación popular, y los restantes designados de conformidad con la ley por los concejos municipales de los cantones de la provincia, y que deben ser de cantones diferentes a los que pertenezcan los consejeros designados por votación popular.

Cada Consejo Provincial tendrá un Prefecto Provincial, que es su máximo personero, y quien lo presidirá con voto dirimente. Los Prefectos provinciales deben ser elegidos por votación popular y deben desempeñar sus funciones durante cuatro años. Sus atribuciones y deberes también deben establecerse en la ley nacional.

El Consejo Provincial representará a la provincia y, además de las atribuciones previstas en la ley, promoverá y ejecutará obras de alcance provincial en vialidad, medio ambiente, riego y manejo de las cuencas y microcuencas hidrográficas de su jurisdicción. Ejecutará obras exclusivamente en áreas rurales.

d. *Los cantones y los gobiernos municipales: Los Concejos municipales y los Alcaldes*

Conforme al artículo 234 de la Constitución, cada cantón constituye un municipio, y su gobierno esta a cargo de un concejo municipal, cuyos miembros deben ser elegidos por votación popular. La ley nacional es la que debe también determinar los deberes y atribuciones de los concejos municipales y el número de sus integrantes.

El máximo personero de cada concejo municipal será un Alcalde, que lo presidirá con voto dirimente, y quien también debe ser elegido por votación popular, desempeñando sus funciones durante cuatro años. Sus atribuciones y deberes también deben establecerse en la ley nacional.

Los concejos municipales, además de las competencias que les asigne la ley, podrán planificar, organizar y regular el tránsito y transporte terrestre, en forma directa, por concesión, autorización u otras formas de contratación administrativa, de acuerdo con las necesidades de la comunidad.

e. *Las Parroquias rurales y las Juntas Parroquias*

En cuanto a las Parroquias rurales, la Constitución se limita en su artículo 235 a disponer que en cada una de ellas debe haber una junta parroquial de elección popular, cuya integración y atribuciones se deben determinar por la ley nacional. En todo caso, el presidente de la Junta parroquial será el principal personero y tendrá las responsabilidades y competencias que señale la ley.

C. Los regímenes especiales de administración territorial

a. *Los regímenes especiales*

El artículo 238 de la Constitución dispone que existirán regímenes especiales de administración territorial por consideraciones demográficas y ambientales, que deberán normarse en cada caso en la ley nacional. Es esos casos, para la protección de las áreas sujetas a régimen especial, la Constitución autoriza la limitación, dentro de ellas, de los derechos de migración interna, trabajo o cualquier otra actividad que pueda afectar al medio ambiente.

Los residentes del área respectiva, afectados por la limitación de los derechos constitucionales, serán compensados mediante el acceso preferente al beneficio de los recursos naturales disponibles y a la conformación de asociaciones que aseguren el patrimonio y bienestar familiar. En lo demás, cada sector se debe regir de acuerdo con lo que establecen la Constitución y la ley.

La ley puede también crear distritos metropolitanos y regular cualquier tipo de organización especial. La ley también señala que se dará preferencia a las obras y servicios en las zonas de menor desarrollo relativo, especialmente en las provincias limítrofes.

b. *La Provincia de Galápagos*

En cuanto a la Provincia de Galápagos el artículo 239 de la Constitución dispone que la misma tendrá un régimen especial. La misma Constitución, además, dispone que es el Instituto Nacional Galápagos o el que haga sus veces, el que debe realizar la planificación provincial, la cual debe contar con asistencia técnica y científica y con la participación de las entidades del régimen seccional dependiente y autónomo, siendo considerada en la Constitución como “única y obligatoria”. El Instituto, además, debe aprobar los presupuestos de las entidades del régimen seccional dependiente y autónomo y controlar su ejecución. Este Instituto debe estar dirigido por un consejo integrado por el gobernador, quien lo preside; los alcaldes, el prefecto provincial, representantes de las áreas científicas y técnicas, y otras personas e instituciones que establezca la ley.

c. *Las Provincias amazónicas*

En cuanto a las provincias de la región amazónica, la Constitución exige al Estado por especial atención para su desarrollo sustentable y preservación ecológica, a fin

de mantener la biodiversidad. Además, exige que se adopten políticas que compensen su menor desarrollo y consoliden la soberanía nacional (art. 240).

d. *Las circunscripciones territoriales indígenas y afroamericanas*

El artículo 241 de la Constitución, en relación con las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas, se limita a disponer que la organización, competencias y facultades de los órganos de administración de las mismas deben ser reguladas por la ley.

D. El financiamiento de los entes territoriales

a. *Los recursos propios y la asignación de rentas nacionales*

Conforme al artículo 231 de la Constitución, los gobiernos seccionales autónomos deben generar sus propios recursos financieros y además, participan de las rentas del Estado, de conformidad con los principios de solidaridad y equidad.

A este último efecto, en el Presupuesto General del Estado se deben incluir recursos que correspondan al régimen seccional autónomo, los cuales se deben asignar y distribuir de conformidad con la ley nacional respectiva, conforme a los siguientes criterios: número de habitantes, necesidades básicas insatisfechas, capacidad contributiva, logros en el mejoramiento de los niveles de vida y eficiencia administrativa. Estos recursos deben obligatoriamente incrementarse anualmente, en la misma proporción que su incremento global.

La entrega de recursos a los organismos del régimen seccional autónomo está bajo la responsabilidad del ministro del ramo, y debe ser predecible, directa, oportuna y automática, debiendo hacerse efectiva mediante la transferencia de las cuentas del tesoro nacional a las cuentas de las entidades correspondientes.

Por otra parte, los gobiernos seccionales autónomos, en cuyas circunscripciones territoriales se exploten e industrialicen recursos naturales no renovables, tienen derecho a participar de las rentas que perciba el Estado lo que debe regularse en la ley nacional (art. 251).

b. *Los recursos para el funcionamiento*

Conforme al artículo 232 de la Constitución, los recursos para el funcionamiento de los organismos del gobierno seccional autónomo están conformados por los siguientes rubros:

1. Las rentas (tasas y contribuciones especiales) generadas por ordenanzas propias. En consecuencia, si bien conforme a los artículos 130,6 y 141,2 de la Constitución, el Congreso Nacional tiene competencia para establecer, modificar o suprimir, mediante ley, impuestos, tasas u otros ingresos públicos, ello no se aplica a las tasas y contribuciones especiales que corresponda crear a los organismos del régimen seccional autónomo.

2. Las transferencias y participaciones que les corresponden, las cuales no pueden ser inferiores al 15% de los ingresos corrientes totales del presupuesto del gobierno central;

3. Los recursos que perciben y los que les asigne la ley;

4. Los recursos que reciban en virtud de la transferencia de competencias, prohibiéndose toda asignación discrecional, salvo casos de catástrofe.

La estimación de los ingresos de los entes territoriales debe estar prevista en sus respectivos presupuestos, razón por la cual el artículo 259 de la Constitución, dispone que si bien el presupuesto general del Estado debe contener todos los ingresos y egresos del sector público no financiero, ello no comprende los de los organismos del régimen seccional autónomo.

4. Comentarios al “Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Autónomo” 2006

A. Los Considerandos del Proyecto y su no adaptación al marco constitucional de la autonomía territorial.

En la Reunión de Alcaldes y Prefectos celebrada en la ciudad de Cuenca el 22 de febrero de 2006 se elaboró un proyecto de “Ley Orgánica del Sistema Autónomo”, el cual en nuestro criterio tiene una orientación que no se compadece con lo que está regulado en la Constitución.

Como hemos señalado y se deduce de algunos de los Considerandos del Proyecto de Ley Orgánica, la Constitución en sus artículos 228, 141 numeral 5 y 238, *contempla la autonomía plena de los organismos seccionales*; así como la creación de cualquier tipo de Organización Especial de Gobierno y Administración; por consiguiente, la Ley que debe expedirse debe efectivamente regular, como se indica en otro Considerando, “el efectivo ejercicio de la autonomía que consagra la Constitución y normas de Organizaciones Especiales de Gobierno y Administración”.

La autonomía que consagra la Constitución, por tanto, *no es una autonomía opcional, sino que es parte de la organización del Estado y, por tanto, de carácter estructuralmente obligatoria*; de manera que no tiene asidero constitucional alguno, como se afirma en los Considerandos del proyecto de Ley, que el acceso a dicha autonomía supuestamente “*debe ser voluntario*”.

El Proyecto de Ley, en realidad debería estar destinado a desarrollar la autonomía territorial constitucionalmente establecida, para hacer efectivo lo que se afirma en otros Considerandos del Proyecto de Ley: “que la existencia de Gobiernos Autónomos investidos de competencias efectivas debe permitir una administración equitativa, participativa, transparente, solidaria, y próxima al ciudadano, para que las comunidades territoriales decidan con libertad, reciban recursos con justicia y progresen con creatividad”; y que “los Gobiernos Autónomos suponen la existencia de instituciones dotadas de órganos de decisión democráticamente constituidos que se benefician de una amplia autonomía en cuanto a las competencias, a las modalidades de ejercicio de estas últimas y a los medios necesarios para el cumplimiento de su misión”. Esto último es lo que debería regular en forma general el Proyecto de Ley, y no un esquema opcional de acceso voluntario a lo que es constitucionalmente obligatorio en cuanto a Provincias Cantones y Parroquias.

Lo único opcional establecido en la Constitución en materia de descentralización, es la decisión de la entidad seccional de solicitar la transferencia de competencias, pero una vez ejercida esa opción, la descentralización se considera obligatoria y la competencia debe transferirse por el gobierno central, siempre que la entidad tenga capacidad operativa para asumirla (art. 226).

La legislación que hay que dictar, en realidad, debe ser la destinada a hacer realidad el proceso de transferencia de competencias para reforzar las autonomías existentes, como la que se regula por ejemplo en el artículo 10° del Proyecto en relación con la explotación de los recursos naturales renovables. En tal sentido, el artículo 6 del Proyecto precisa con razón que “Todas las competencias estatales solicitadas, ya sean totales o parciales, son transferibles obligatoriamente, en los términos previstos en la Constitución Política de la República, salvo aquellas que se ha reservado el Estado ecuatoriano en el artículo 226”.

Por otra parte, el artículo 14° del proyecto, repite la regulación del artículo 226 de la Constitución en el sentido de que “la asunción total o parcial de nuevas competencias constituye condición indispensable para la asignación de nuevos recursos. En consecuencia, no habrá asignación de nuevos recursos sin la asunción de nuevas competencias”.

Una parte importante de la necesaria y futura legislación en la materia, se debería referir, por ejemplo, a la regulación detallada de los “convenios de transferencia de competencias” a los que apenas se alude en el Proyecto de Ley, por ejemplo en el artículo 13°.

Por supuesto, sea que se trate de competencias constitucionales o legales de las Provincias o Cantones, o se trate de competencias transferidas, las mismas son de ejercicio exclusivo y excluyente de los mismos (lo que se menciona en el artículo 8° del Proyecto), por supuesto dentro de los términos de la transferencia y de las regulaciones legales nacionales. Lo que no tiene asidero constitucional, es que el “Estatuto de autonomía” que supuestamente se pueden dar las organizaciones con gobiernos autónomos” puedan definir competencias propias (artículo 9°).

B. La regulación de la autonomía territorial como una opción, contraria a la Constitución

Sin embargo, a pesar de las claras regulaciones constitucionales, el proyecto de Ley Orgánica si bien califica a los Cantones, Distritos Metropolitanos y Provincias, como “comunidades territoriales”, les desconoce su autonomía, al establecer sólo que “tienen derecho a acceder, individualmente o asociados, al Régimen de Organización Especial Autonomo previsto en la Constitución de la República y esta ley, para reglar y administrar sus asuntos y servicios públicos, por medio de los **Organismos del Gobierno Autónomo**, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus pobladores” (artículo 1°).

Estos organismos de gobierno autónomo que se regulan en el proyecto, serían de dos tipos: los que resulten de la “conversión” de las entidades territoriales que regula la Constitución en tales gobiernos autónomos; o los que resulten de la asociación de dichas entidades, con carácter de gobiernos autónomos intermedios.

C. La “conversión” de los Cantones, Distritos metropolitanos y Provincias en “gobiernos autónomos”

A tal efecto, el proyecto de Ley dispone que “el acceso al régimen autonómico es voluntario”, para lo cual los Cantones, Distritos Metropolitanos y Provincias deben “convertirse” en Organismos de Gobierno Autónomos” (el artículo 3° del proyecto regula la forma de ejercicio del “derecho de acceder voluntariamente al régimen autonómico”), aclarando sin embargo, que los “que no se conviertan en Gobiernos Autónomos mantienen su estructura y recursos actuales, con todos los derechos, atribuciones y obligaciones previstos en el ordenamiento jurídico vigente, especialmente lo dispuesto en las Leyes Orgánicas de Régimen Municipal y de Régimen Provincial” (artículo 2°); y mantienen también sus recursos financieros y asignaciones presupuestarias (artículo 13°).

Por ello, en el artículo 3° del Proyecto se dispone que si los Cantones, Distritos Metropolitanos y Provincias “deciden asumir autonomía y transformarse en Gobiernos Autónomos”, los cuales “gozarán de personalidad jurídica pública y patrimonio propio y se subrogan, a los Municipios, Distritos Metropolitanos y Consejos Provinciales que opten por esta alternativa, asumiendo todos sus derechos, atribuciones y obligaciones contemplados en las leyes que los rigen”. Igualmente, conforme al artículo 14° del proyecto, los “Gobiernos Autónomos que subroguen a los Municipios, Distritos Metropolitanos y Consejos Provinciales, dispondrán de los recursos que el ordenamiento jurídico establece y garantiza a favor de los gobiernos seccionales citados”.

En estos casos, conforme al artículo 7° del proyecto, “los Gobiernos Autónomos contarán con una Asamblea Legislativa (que subroga al Concejo Cantonal, al Concejo Metropolitano y al Consejo Provincial, salvo la excepción prevista en el artículo cuatro), que tendrá potestad reguladora y fiscalizadora y un Presidente del Gobierno Autónomo (que como tal reemplaza al alcalde, alcalde metropolitano o prefecto, salvo la excepción prevista en el artículo cuatro), que ejercerá la representación legal, judicial y extrajudicial, conjuntamente con el procurador síndico”.

D. La “creación” de nuevos “gobiernos autónomos” mediante la Asociación de Cantones, Distritos Metropolitanos y Provincias

El artículo 4° del Proyecto, sin embargo, regula otra figura de Organismos de Gobiernos Autónomos, en los casos en que los Cantones, Distritos metropolitanos y Provincias no dispongan de una población suficiente (que no se determina), o así lo decidan, procedan a “acceder conjunta y asociativamente al régimen autonómico”, en cuyo caso “éstos organismos seccionales subsistirán como personas jurídicas con sus derechos, atribuciones y obligaciones, asumiendo el Gobierno Autónomo que se cree, únicamente el manejo de las nuevas competencias y recursos que el Estado Central les transfiera para el efecto”. Se trata aquí de una entidad territorial nueva, intermedia entre el gobierno central y las constitucionalmente reguladas integrada por Cantones y Provincias que permanecen.

E. Algunos impedimentos constitucionales para el esquema “autonómico” regulado en el Proyecto de Ley

Constitucionalmente, sin embargo, en nuestro criterio nada de lo anterior es posible: primero, porque los Cantones y Provincias como entidades territoriales que son, tienen *per se* gobiernos autónomos; segundo, porque no es posible que los Cantones y Provincias desaparezcan y dejen de ser tales y se conviertan en los mencionados Organismos de Gobierno Autónomos; y tercero, porque aún en el supuesto previsto en el Proyecto de que dichas entidades no se conviertan en Organismos de Gobierno Autónomos, la autonomía de su gobierno la siguen teniendo conforme a la Constitución.

Por otra parte, debe recordarse que el artículo 229 de la Constitución, permite que las provincias, cantones y parroquias se pueden *asociar* para su desarrollo económico y social y para el manejo de los recursos naturales; correspondiendo a dichas entidades, mediante el convenio respectivo de asociación determinar el estatuto de la misma, la cual no puede constitucionalmente considerarse como una nueva entidad territorial con gobierno autónomo propio, sino derivado de la asociación (mancomunidad municipal, por ejemplo). Por ello, la “Asamblea Legislativa” que se menciona en el artículo 3º, integrada “con los concejales y/o consejeros de los Municipios y/o Consejos Provinciales asociados” (artículo 5º), no podría tener la mencionada potestad de expedir el “estatuto de autonomía”.

Igualmente, en cuanto a los Consejos Provinciales y Consejos Municipales los mismos son instituciones de rango constitucional, y no podrían desaparecer mediante una ley y sustituirse por una “Asamblea Legislativa”, como también, en su caso, deriva del artículo 3º del Proyecto, para dictar su propio Estatuto de autonomía”, y ejercer las demás atribuciones establecidas en el artículo 7 del Proyecto.

Sin embargo, ello sólo sería posible si la Constitución regulara esta materia. Además, en nuestro criterio, la Constitución del Estado es la que puede regular el alcance de la autonomía política y de la potestad reguladora (legislativa) de los entes territoriales, como por ejemplo en lo que se refiere a la elección por sufragio libre, secreto, igual, directo y universal de los miembros de las “Asambleas Legislativas”, que establece el artículo 7º del Proyecto; o a la “potestad reguladora” de las mismas que establece el artículo 8º del Proyecto.

§9. CONSIDERACIONES SOBRE LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA, LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA Y LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA*

(Lima, Perú, abril 2006)

I. LA DESCENTRALIZACIÓN

La descentralización es uno de los principios jurídicos de la organización del Estado, relacionados con la competencia. Se trata siempre de una forma de desviación de la competencia, consistente en su transferencia por parte de una persona jurídica estatal político-territorial hacia otra u otras personas jurídicas estatales distintas. Por tanto, implica una distribución de competencias, pero no entre órganos de una misma organización jerárquica, sino entre sujetos de derecho diferentes, mediante la transferencia de la competencia hecha a personas jurídicas distintas del ente transferente.

En la delegación y en la desconcentración administrativas también opera una distribución de competencias, pero dentro de una misma organización jerárquica, entre órganos de la misma. La descentralización, en cambio, es una transferencia de competencias entre sujetos de derecho con diferente personalidad jurídica, por ejemplo, entre el Estado nacional y un instituto autónomo.

Por ello se puede afirmar que en la desconcentración y en la delegación la relación que se establece es entre órganos diversos; en cambio, en la descentralización, la relación se establece entre diversos sujetos de derecho, es decir, entre personas jurídicas distintas⁵²⁷.

1. Las formas de la descentralización

Las diversas formas de descentralización derivan por tanto, de los sujetos de derecho a los cuales se les van a transferir competencias, que pueden ser sujetos de derecho público o de derecho privado, creados por el Estado para tales fines, de acuerdo al marco jurídico del derecho público o del derecho privado.

En cuanto a los sujetos de derecho público descentralizados, éstos pueden ser los que conforman la organización política de un país determinado; por ejemplo, en el caso de Venezuela, como Estado federal, la República, los Estados y los Municipios. Así, cuando la transferencia de competencias se produce entre estos entes, estamos

* Documento preparado para el *Segundo Congreso Nacional de Derecho Administrativo. El derecho administrativo como instrumento para mejorar la calidad de vida*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Lima, Perú, 27 al 29 de abril de 2006.

⁵²⁷ V. en general, Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005.

en presencia de una descentralización política, o distribución de competencias entre órganos político-territoriales, en un proceso que en general está regulado por el derecho constitucional, pues incide en la distribución vertical del poder del Estado.

Pero la descentralización también puede ocurrir hacia entes que pueden ser creados por algunos de esos entes político-territoriales, los cuales, a su vez, pueden o no tener un ámbito territorial. En este caso, estamos en presencia de una descentralización administrativa o funcional, en general regulada por el derecho administrativo, ya que incide en la organización de la Administración Pública.

De esta distinción general resultan las dos formas generales de la descentralización antes indicadas, las que por ejemplo, distingue la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela⁵²⁸: la descentralización política o territorial y la funcional.

En efecto, en cuanto a la descentralización territorial, esta Ley Orgánica dispone que con el propósito de profundizar la democracia y de incrementar la eficiencia y eficacia de la gestión de la Administración Pública, se pueden descentralizar competencias y servicios públicos de la República a los Estados de la federación y a los municipios, y de los Estados a los municipios, de conformidad con la Constitución y la ley (Art. 30). Esta norma recoge, así, los principios descentralizadores que están establecidos en los artículos 157, 158 y 165 de la Constitución venezolana de 1999.

En cuanto a la descentralización funcional, el artículo 29 de dicha Ley Orgánica dispone que los titulares de la potestad organizativa pueden crear entes descentralizados funcionalmente cuando el mejor cumplimiento de los fines del Estado así lo requiera, en los términos y condiciones previstos en la Constitución y en la Ley⁵²⁹. El mismo artículo 29 de la Ley Orgánica establece los siguientes dos tipos de entes descentralizados funcionalmente:

En *primer lugar*, los entes descentralizados funcionalmente *con forma de derecho privado*, los cuales están conformados por las personas jurídicas constituidas y regidas de acuerdo a las normas del derecho privado en los términos de la misma Ley Orgánica, y que son de dos tipos:

a. Entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales, que son aquellos entes descentralizados funcionalmente que no realicen actividades de producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente del presupuesto de la República, los estados, los distritos metropolitanos, o los municipios.

b. Entes descentralizados funcionalmente con fines empresariales, que son aquellos cuya actividad principal sea la producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente de esta actividad.

En *segundo lugar*, están los entes descentralizados funcionalmente *con forma de derecho público*, conformados por aquellas personas jurídicas creadas y regidas por normas de derecho público, las cuales pueden perseguir fines empresariales o no empresariales, al igual que pueden tener atribuido el ejercicio de potestades públi-

528 V. Ley n° 40, en *Gaceta Oficial* n° 37.305 de 17-10-2001. V. Allan R. Brewer-Carías y Rafael Chavero G., *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2002.

529 V. en general Jesús Caballero Ortiz, "La descentralización funcional", en *Revista de Derecho Público*, n° 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1981, pp. 5 y ss.

cas⁵³⁰. En relación con estos últimos, sólo por ley pueden crearse las personas jurídicas de derecho público como los institutos autónomos; principio que deriva de lo dispuesto en el artículo 142 de la Constitución que recogió la disposición del artículo 230 de la Constitución de 1961 al prever que los institutos autónomos sólo pueden crearse por ley; y que tales instituciones, así como los intereses públicos en corporaciones o entidades de cualquier naturaleza, están sujetos al control del Estado, en la forma que la ley establezca.

Por supuesto, tanto en la descentralización funcional como en la descentralización territorial se transfiere la titularidad de la competencia y, en consecuencia, se transfiere cualquier responsabilidad que se produzca por el ejercicio de la competencia o de la gestión del servicio público correspondiente, en la persona jurídica y en los funcionarios y funcionarias del ente descentralizado (Art. 32).

En cualquier caso, lo que caracteriza a la descentralización es que, aun cuando hay transferencia de poderes a otros sujetos de derecho, todos estos sujetos, en una forma u otra, quedan enmarcados dentro de la estructura organizativa general del Estado. Por ello, puede decirse que cuando se habla de “sector público”, la expresión se utiliza en el sentido de abarcar, por ejemplo en Venezuela, en el campo nacional, a la República con todos sus ministerios y demás órganos de su Administración Pública central, y a la Administración descentralizada funcionalmente, tenga forma de derecho público o de derecho privado. Y en sentido similar, la expresión se utiliza en el campo de los Estados y de los Municipios con sus respectivas Administraciones Públicas.

Este sentido viene corroborado con la previsión del artículo 6 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público⁵³¹, en la cual se establece que están sujetos a las regulaciones de la misma “los entes u organismos que conforman el sector público”, enumerados seguidamente: 1. La República; 2. Los Estados; 3. El Distrito Metropolitano de Caracas; 4. Los distritos; 5. Los Municipios; 6. Los institutos autónomos; 7. Las personas jurídicas estatales de derecho público; 8. Las sociedades mercantiles en las cuales la República o las demás personas a que se refiere el presente artículo tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social. Quedarán comprendidas además, las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional; 9. Las sociedades mercantiles en las cuales las personas a que se refiere el numeral anterior tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social; 10. Las fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con fondos públicos o dirigidas por algunas de las personas referidas en este artículo, cuando la totalidad de los aportes presupuestarios o contribuciones en un ejercicio, efectuados por una o varias de las personas referidas en el presente artículo, represente el cincuenta por ciento o más de su presupuesto.

530 V. Allan R. Brewer-Carías, “La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido actual de la clasificación de los sujetos de derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, n° 57, Caracas, 1976, pp. 115 a 135.

531 *Gaceta Oficial* n° 37.978 del 13 de julio de 2004.

Esto confirma que los entes estatales con forma jurídica de derecho privado están integrados dentro de la estructura general del Estado, conformando, lo que se denomina sector público.

Puede haber un tercer tipo de descentralización, además de la descentralización territorial y la descentralización funcional, que puede denominarse descentralización corporativa, en la cual también se da la transferencia de competencia a un sujeto de derecho distinto, de carácter no territorial, pero que tiene forma corporativa, generalmente no estatal. Es el supuesto que opera en Venezuela, por ejemplo, con los Colegios Profesionales, los cuales cumplen funciones públicas de control del ejercicio de una profesión. Pero en estos casos, esta descentralización corporativa no trae, como consecuencia, que los Colegios Profesionales queden dentro de la estructura general del Estado. El Estado les transfiere competencias, por ejemplo, el control del ejercicio de una profesión que es una competencia de carácter público, pero aun así, en ese caso, esas corporaciones, por su sustrato personal, no están dentro del denominado sector público y se consideran personas no estatales.

Por tanto, la descentralización es una transferencia de competencia a sujetos de derecho distinto, lo que la distingue de la desconcentración que es una distribución de competencia dentro de la organización de un sujeto de derecho público.

2. Las consecuencias de la descentralización: la autonomía

Una de las consecuencias fundamentales de la descentralización es el hecho de que el ente descentralizado goza siempre, de cierta autonomía. La autonomía, en todo caso, está en una relación inversa con el control: a mayor autonomía reconocida al ente descentralizado, corresponderá, inversamente, menor control ejercido por el ente matriz; y, a menor autonomía, mayor control.

En el caso de la Administración descentralizada territorialmente por ejemplo bajo el esquema federal, en el que no existe control ejercido por los entes territoriales mayores, ya que hay una mayor autonomía. En cambio, en el caso de los entes descentralizados funcionalmente, por ejemplo, de los institutos autónomos, hay menor autonomía, y por tanto, un mayor control de tutela.

La autonomía, en su sentido propio, es la facultad que tienen los entes de crear su propio ordenamiento jurídico, esto es, de dictar sus propias normas; de aquí que autonomía es equivalente a autonormación. Puede afirmarse, por tanto, que la autonomía propiamente dicha existe en la Administración descentralizada territorialmente. Por ejemplo, en Venezuela, en los Estados, los Consejos Legislativos tienen como función dictar leyes sobre las materias de competencia estatal. Igualmente sucede con los municipios, a los cuales corresponde la gestión de las materias de su competencia, de acuerdo al artículo 168,2 de la Constitución, con la potestad de normar mediante Ordenanzas como leyes locales. Por tanto, un municipio es autónomo, porque su concejo municipal puede producir sus propias normas, que a nivel local son equivalentes a las leyes; de ahí que se hable de leyes locales, en el caso de las ordenanzas.

Un instituto autónomo tiene autonomía porque también, en principio, puede darse su propia reglamentación interna, aun cuando esta facultad de autonormarse está sometida al control de tutela por parte del ministro de adscripción. Normalmente, el

reglamento interno de un instituto autónomo debe ser aprobado por el ministro de adscripción, aun cuando éste no puede dictar directamente esas normas, porque sería contradictorio con el fenómeno de la descentralización.

Por supuesto, en el caso de la descentralización política o territorial, la autonomía es mayor que en el caso de la descentralización funcional, y paralelamente, en tanto en cuanto la autonomía es mayor, el control es menor. Por ejemplo en una federación, materialmente no existe ningún mecanismo de control de tutela de la República, respecto a los Estados y a los Municipios, porque la autonomía, que es correlativa, es mayor.

Por último, debe señalarse que si bien la descentralización funcional o administrativa está signada por la búsqueda de la eficiencia de la Administración Pública en la consecución de los fines y cometidos del Estado; la descentralización política o territorial está esencialmente vinculada a la democratización del Estado, para hacer efectiva la participación política.

En las líneas que siguen analizaremos las características fundamentales de la descentralización funcional y administrativa, por una parte, y por la otra, de la descentralización territorial o política, y en particular nos referiremos al vínculo entre descentralización política y participación ciudadana, particularmente en relación con el ámbito local o municipal.

II. LOS PRINCIPIOS SOBRE LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA O FUNCIONAL

Es materia propia del derecho administrativo, como se ha dicho, la descentralización administrativa o funcional, la cual implica la transferencia de competencia desde un ente público territorial a un ente público no territorial, por razones de servicio, y no por razones político-territoriales como en el supuesto de la descentralización territorial⁵³².

En este tipo de descentralización, como en toda otra forma, se requiere de la presencia de dos sujetos de derecho: el ente transferente, que debe ser de carácter político-territorial (en una federación, por ejemplo, la República, los Estados o los Municipios), y el ente receptor de la competencia, al cual se le transfiere la competencia, y que puede preexistir jurídicamente, o bien, puede ser creado por el mismo acto que realiza o formaliza la descentralización.

En el último supuesto está el caso de los institutos autónomos, los cuales, de acuerdo a lo previsto en el artículo 142 de la Constitución venezolana, sólo pueden ser creados por ley. En esta forma, si para la descentralización funcional se va a utilizar la forma jurídica de una persona de derecho público, el nuevo ente debe ser creado a través de una ley.

Por tanto, en Venezuela, el Ejecutivo Nacional no puede crear un instituto autónomo para transferirle competencias. La creación de estos entes se reserva al legis-

532 V., en general, Fernando Garrido Falla, *Administración Indirecta y Descentralización Funcional*, Madrid, 1950; Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

lador, por lo que es por la vía legislativa que se realiza la descentralización funcional, toda vez que es materia de reserva legal la creación de entes de derecho público a través de los cuales se va a realizar la descentralización.

Pero la descentralización también se puede realizar mediante la creación de personas jurídicas con formas de derecho privado, supuesto en el cual se plantean aspectos diferentes.

En efecto, en primer lugar, en estos casos no es necesario que el sujeto de derecho sea creado por ley, por cuanto los órganos de la Administración Pública pueden crear personas jurídicas a través de los medios del derecho privado, por ejemplo, constituyendo una sociedad anónima o una fundación por la vía del registro mercantil o del registro público. Sin embargo, el solo hecho de que no se requiera o no se utilice la vía legislativa para crear estos entes, implica una limitación respecto de las competencias a transferir, ya que no se le pueden transferir competencias que estén específicamente asignadas por ley a un ente de la Administración Pública central. Siendo en principio la competencia de carácter indisponible, para transferirla sería necesaria también una norma de rango legal.

Por consiguiente, y en virtud de que el acto administrativo o el acto de derecho privado que cree una persona jurídica no puede transferir competencias legalmente atribuidas a los órganos administrativos, la descentralización funcional que se pretende instrumentar a través de estas formas jurídicas será siempre, por ello, mucho más limitada que la que se realice mediante la utilización de entes de derecho público. En este último caso, al requerirse la vía legal para la creación de éstos, la transferencia de competencia puede efectuarse sin ningún tipo de obstáculos, ya que la ley puede modificar la asignación inicial de competencia.

En todo caso, lo que se puede transferir hacia los entes de derecho privado es lo que autorice la ley o lo que esté expresamente regulado en una ley⁵³³.

Por lo tanto, la descentralización funcional, a través de formas de derecho privado, es mucho más limitada que la descentralización funcional hecha a través de formas de derecho público.

1. Las formas jurídicas de la descentralización funcional en la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela

Conforme se ha dicho, la descentralización administrativa funcional tiene por objeto la creación de personas jurídicas a las cuales se transfiere la titularidad de determinadas competencias y la responsabilidad de ejecutarlas. Conforme a lo indicado en el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Administración Pública venezolana,

533 Por ejemplo: cuando se creó la “Fundación para el Desarrollo de la Comunidad y Fomento Municipal” (FUNDACOMUN) en 1960, no había ninguna ley que atribuyera a ningún órgano público nacional las competencias de fomento municipal y desarrollo de la comunidad; pudo, por tanto, el Ejecutivo Nacional, ante tal situación, crear una fundación (ente de derecho privado), y atribuirle competencias en el campo de la promoción social y de la comunidad. Pero si hubiera habido una ley que atribuyera esa competencia a un ente de carácter público, la transferencia de competencias a un ente de derecho privado creado por la Administración, no se hubiera podido realizar por decreto.

esta descentralización funcional puede realizarse mediante la creación de personas jurídicas con forma de derecho público o con forma de derecho privado⁵³⁴.

A. Formas jurídicas de derecho público: los institutos autónomos

En la Ley Orgánica sólo se regula una de las formas jurídicas de derecho público para la descentralización administrativa funcional constituida por la figura del instituto autónomo⁵³⁵, el cual se define en el artículo 95 de la misma, como una persona jurídica de derecho público de naturaleza fundacional, creada por ley nacional, estatal u ordenanza municipal conforme a las disposiciones de esta Ley, dotada de patrimonio propio e independiente de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios, según sea el caso, con las competencias o actividades determinadas en la ley que lo cree⁵³⁶.

Sin embargo, las formas jurídicas de derecho público estatales no se agotan en los institutos autónomos, pues también las corporaciones públicas como los colegios profesionales y las comunidades educativas como las universidades nacionales son formas jurídicas de derecho público estatales para la descentralización funcional.

La creación de los institutos autónomos sólo puede realizarse mediante ley nacional, estatal u ordenanza, conforme lo establece el artículo 142 de la Constitución y el artículo 96 de la Ley Orgánica. Igualmente los institutos autónomos sólo pueden ser suprimidos por ley especial, la cual debe establecer las reglas básicas de la disolución, así como las potestades necesarias para que el respectivo ejecutivo nacional, estatal, del distrito metropolitano o municipal proceda a su liquidación (Art. 99).

B. Las formas jurídicas de derecho privado

La Ley Orgánica de la Administración Pública, en cuanto a las formas jurídicas de derecho privado de la Administración Pública descentralizada funcionalmente, regula tres sujetos de derecho específicos: las sociedades mercantiles del Estado, a las fundaciones del Estado y a las asociaciones civiles del Estado.

Tratándose de personas jurídicas de derecho privado, estos entes se rigen por la legislación ordinaria, particularmente, la establecida en el Código Civil y en el Có-

534 V. Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 1985, pp. 115 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005.

535 V. en general sobre los institutos autónomos, Jesús Caballero Ortiz, *Los Institutos Autónomos*, Fondo de Inversiones de Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984; Tomás Polanco, "Los Institutos Autónomos en Venezuela", *Libro Homenaje a Enrique Sayagués Laso*, Tomo IV, Madrid 1969, pp. 1073-1086; Juan Garrido Rovira, "El Instituto Autónomo como figura de la Administración Pública Nacional Descentralizada en Venezuela" en *Revista de Derecho Público*, nº 3, Caracas 1980, p. 23-29; y "Descripción de los Institutos Autónomos de la organización administrativa venezolana", en *Revista de Derecho Público* nº 4, Caracas 1980, pp. 110-116; Juan Olivares Bohórquez, "Los Institutos Autónomos", en *Revista Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, nº 10, Contraloría General de la República, Caracas 1959, pp. 21-22

536 V. Jesús Caballero Ortiz, *Los Institutos Autónomos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985.

digo de Comercio, salvo lo establecido en la propia Ley Orgánica (Arts. 106, 112, 113 y 114)⁵³⁷.

a. *Las empresas del Estado*

El artículo 100 de la Ley Orgánica define a las empresas del Estado como las sociedades mercantiles en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente regulados en la Ley Orgánica, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al 50% del capital social⁵³⁸. Conforme a dicha Ley, tanto la República, como los estados, los municipios y los distritos metropolitanos, pueden por tanto constituir sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, incluso como únicos accionistas (Art. 103).

La creación de las empresas del Estado debe ser autorizada respectivamente por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, los Gobernadores y los Alcaldes según corresponda, mediante decreto o resolución de conformidad con la ley (Art. 101).

Las empresas del Estado adquieren la personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en el registro mercantil correspondiente a su domicilio, donde se debe archivar un ejemplar auténtico de sus estatutos y de la Gaceta Oficial de la República o del medio de publicación oficial correspondiente donde aparezca publicado el decreto que autorice su creación (Art. 101). Además, conforme al artículo 102 de la Ley Orgánica, todos los documentos relacionados con las empresas del Estado que conforme al Código de Comercio tienen que ser objeto de publicación, deben publicarse en la Gaceta Oficial de la República o en el correspondiente medio de divulgación oficial de los estados, de los distritos metropolitanos o de los municipios.

Corresponde al ministro u órgano de adscripción, nacional, estatal, del distrito metropolitano o municipal respectivo, ejercer, según corresponda, la representación del órgano respectivo en la asamblea de accionistas u órganos correspondientes de las empresas del Estado que se encuentren bajo su tutela (Art. 120).

En los casos de empresas del Estado nacionales, estatales, de los distritos metropolitanos o municipales con un único accionista, el artículo 104 de la Ley Orgánica dispone que los derechos societarios podrán ser ejercidos, según sea el caso, por la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios o los entes a que se refiere la Ley Orgánica, que sea titular de las acciones en forma unilateral, sin que ello implique el incumplimiento de las disposiciones pertinentes del Código de Comercio ni las relacionadas con la publicación a que se refiere esta Ley.

537 La Ley Orgánica, en consecuencia, derogó parcialmente el Decreto Ley n° 677 de 21-6-85 que estableció las "Normas sobre las Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado y el control de los aportes públicos a las instituciones privadas". V. en *Gaceta Oficial* n° 3.574 *Extraordinaria* de 21-6-85. V. en general, Allan R. Brewer-Carías, "El régimen de las fundaciones en el Decreto n° 41 de 14-12-84" en *Revista de derecho Público*, n° 20, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, pp. 96 y ss.

538 V. Allan R. Brewer-Carías, *Régimen de las Empresas Públicas en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981.

b. *Las fundaciones del Estado*

Conforme al artículo 108 de la misma Ley Orgánica de la Administración Pública, son fundaciones del Estado los patrimonios afectados a un objeto de utilidad general, artístico, científico, literario, benéfico, social u otros, en cuyo acto de constitución participe la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere esta Ley, siempre que su patrimonio inicial se realice con aportes del Estado en un porcentaje mayor al 50% (Art. 108). Dos son, por tanto, las condiciones para que una fundación pueda considerarse como fundación del Estado: por una parte, que se constituya por un ente público y por la otra, que en el patrimonio fundacional *inicial* haya aporte del Estado mayor al 50% del mismo. Ambas condiciones deben cumplirse acumulativamente.

La creación de las fundaciones del Estado también debe ser autorizada respectivamente por el presidente de la República en Consejo de Ministros, los gobernadores, los alcaldes, según corresponda, mediante decreto o resolución (Art.109).

Las fundaciones del Estado adquieren personalidad jurídica conforme al artículo 19 del Código Civil con la protocolización de su acta constitutiva en la oficina subalterna de registro correspondiente a su domicilio, donde se debe archivar un ejemplar auténtico de sus estatutos y de la Gaceta Oficial de la República o del medio de publicación oficial estatal o municipal correspondiente donde aparezca publicado el decreto o resolución que autorice su creación.

En el acta constitutiva de las fundaciones del Estado se debe indicar el valor de los bienes que integran su patrimonio, así como la forma en que deben ser dirigidas y administradas (Art. 111).

El acta constitutiva, los estatutos y cualquier reforma de tales documentos de las fundaciones del Estado deben ser publicados en la *Gaceta Oficial de la República* o en el respectivo medio de publicación oficial, estatal o municipal, con indicación de los datos correspondientes al registro (Art. 110).

Corresponde al ministro u órgano de adscripción nacional, estatal, del distrito metropolitano o municipal respectivo, ejercer, según proceda, la representación del órgano respectivo en los órganos correspondientes de las fundaciones del Estado que se encuentren bajo su tutela (Art. 120).

c. *Las sociedades civiles del Estado (nacionales)*

El artículo 113 de la Ley Orgánica de la Administración Pública define a las asociaciones y sociedades civiles del Estado como aquéllas en las cuales la República o algún ente descentralizado funcionalmente nacional posea el 50% o más de las cuotas de participación, y aquéllas cuyo monto se encuentre conformado en la misma porción, por aporte de los mencionados entes, siempre que tales aportes hubiesen sido efectuados en calidad de socio o miembro. La Ley Orgánica, por tanto, no regula las sociedades civiles del Estado que puedan constituir los estados, municipios o distritos metropolitanos.

La creación de las asociaciones y sociedades civiles del Estado debe estar autorizada por el presidente de la República mediante decreto, o a través de resolución

dictada por el máximo jerarca del ente descentralizado funcionalmente, que participe en su creación (art. 114). El acta constitutiva de las sociedades civiles del Estado debe indicar el valor de los bienes que integran su patrimonio, así como la forma en que serán dirigidas y administradas (arts. 114 y 111).

Las sociedades civiles del Estado adquieren personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en la Oficina del Registro Subalterno correspondiente a su domicilio, donde se debe archivar un ejemplar auténtico de sus estatutos y de la Gaceta Oficial de la República, donde aparezca publicado el decreto que autorice la creación (art. 114). El acta constitutiva y estatutos de las sociedades civiles del Estado debe ser publicado en la Gaceta Oficial de la República, con indicación de los datos de registro (arts. 114, 110).

III. LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA O TERRITORIAL

La descentralización es política o territorial, como se ha dicho, si la transferencia de competencia se realiza desde entes de carácter político territorial hacia alguna otra de las personas jurídicas de derecho público de carácter político-territorial, como por ejemplo, en la federación venezolana desde la república hacia los Estados o los Municipios, o desde los Estados hacia estos últimos.

En este campo, en principio, la distribución de competencias la hace la propia Constitución, al establecer la distribución del poder público en sentido vertical o territorial y la consecuente autonomía a nivel de los Estados y Municipios. Por ello, sin perjuicio del interés que el derecho administrativo tiene en esta descentralización, su regulación básica corresponde al derecho constitucional. Por otra parte, la misma Constitución también consagra el principio de la descentralización administrativa hacia los estados y municipios⁵³⁹.

1. La distribución vertical de competencias

A. La distribución constitucional

En el caso venezolano, el 156 de la Constitución define las competencias que corresponden a la República en ejercicio del Poder nacional; el artículo 165 del mismo texto constitucional enumera las competencias exclusivas de los Estados, en ejercicio del Poder Estatal; y el artículo 178 de la misma Constitución atribuye directamente a los municipios una serie de competencias que son las llamadas materias concernientes a la vida local.

Por otra parte, el artículo 184 dispone que la ley debe crear mecanismos abiertos y flexibles para que los estados y municipios descentralicen y transfieran servicios locales a las comunidades y grupos vecinales organizados. Una norma similar es la contenida en el artículo 157 de la Constitución, que establece que la Asamblea Na-

⁵³⁹ V. en general, Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005.

cional por mayoría de sus integrantes, puede atribuir a los municipios o a los estados determinadas materias de la competencia nacional a fin de promover la descentralización.

En esta forma, la República en ejercicio del Poder Nacional puede atribuirle a los estados y municipios determinadas materias que sean de la competencia nacional, para promover la descentralización, lo que sucedió por primera vez con la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989⁵⁴⁰, en la cual se establecieron las bases para un proceso de descentralización territorial de la República hacia los estados que conforman la Federación, siendo esta quizás la reforma más importante que desde el punto de vista político se dictó en las últimas décadas del siglo XX⁵⁴¹.

Además de éstas, existen otras normas que establecen algunas orientaciones en materia de descentralización. Por ejemplo, en materia impositiva, el artículo 167,5 establece como ingresos de los estados, los impuestos, tasas y contribuciones especiales que se le asignen por ley nacional con el fin de promover el desarrollo de las haciendas públicas estatales. Esta sería otra forma de descentralización prevista en la Constitución, específicamente en materia tributaria.

De lo anterior puede concluirse que la propia Constitución consagra la descentralización política o territorial, al establecer la posibilidad, para los órganos del Poder Nacional, de transferir competencias a los estados y municipios; competencias éstas adicionales a las que ya tienen, en virtud de las normas de la propia Constitución.

B. La definición del ámbito de la descentralización territorial hacia los Estados de materias de competencia concurrente

La Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989, en efecto, estableció en primer lugar, la pauta para la descentralización de competencias que si bien en la Constitución se regulan como concurrentes (competencias atribuidas a la vez a la República y a los estados), por el proceso de centralismo que se ha producido en Venezuela desde comienzos del siglo pasado, fueron asumidas por el Poder Nacional. En esa forma, el artículo 4 estableció que “en ejercicio de las competencias concurrentes que establece la Constitución” y conforme a los procedimientos previstos en la propia Ley, “serán transferidos progresivamente a los estados los siguientes servicios que actualmente presta el Poder Nacional”:

- 1° La planificación, coordinación y promoción de su propio desarrollo integral, de conformidad con las leyes nacionales de la materia.
- 2° La protección de la familia, y en especial del menor.
- 3° Mejorar las condiciones de vida de la población campesina.

540 V. Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, (*Gaceta Oficial Extra.* n° 4.153 de 28-12-1989), reformada en 2003 (*Gaceta Oficial* n° 37.753 de 14-08-2003). V. Allan R. Brewer-Carías et al., *Leyes para la descentralización política de la Federación*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995,

541 V. *Gaceta Oficial* n° 4.153, *Extraordinario* de 28-12-89. V. Allan R. Brewer Carías, *Problemas del Estado de Partidos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988.

- 4° La protección de las comunidades indígenas atendiendo a la preservación de su tradición cultural y la conservación de sus derechos sobre su territorio.
- 5° La educación, en los diversos niveles y modalidades del sistema educativo, de conformidad con las directrices y bases que establezca el Poder Nacional.
- 6° La cultura en sus diversas manifestaciones, la protección y conservación de las obras, objetos y monumentos de valor histórico o artístico.
- 7° El deporte, la educación física y la recreación.
- 8° Los servicios de empleo.
- 9° La formación de recursos humanos, y en especial los programas de aprendizaje, capacitación y perfeccionamiento profesional; y, de bienestar de los trabajadores.
10. La promoción de la agricultura, la industria y el comercio.
11. La conservación, defensa y mejoramiento del ambiente y los recursos naturales.
12. La ordenación del territorio del Estado de conformidad con la Ley Nacional.
13. La ejecución de las obras públicas de interés estatal con sujeción a las normas o procedimientos técnicos para obras de ingeniería y urbanismo establecidas por el Poder Nacional y Municipal, y la apertura y conservación de las vías de comunicación estatales.
14. La vivienda popular, urbana y rural.
15. La protección a los consumidores, de conformidad con lo dispuesto en las leyes nacionales.
16. La salud pública y la nutrición, observando la dirección técnica, las normas administrativas y la coordinación de los servicios destinados a la defensa de las mismas que disponga el Poder Nacional.
17. La investigación científica; y,
18. La defensa civil.

A los efectos de este proceso de transferencia de competencias, que no es otra cosa que un proceso de descentralización política, el artículo 5 de la Ley estableció un procedimiento basado en “convenios” a celebrarse entre la República y el Estado respectivo, por órgano, del Ministro de Relaciones Interiores (artículo 34) y del correspondiente gobernador. Dichos convenios y, por tanto, el proceso de transferencia de competencias puede realizarse tanto a iniciativa del gobernador del estado respectivo, como a iniciativa del Ejecutivo Nacional⁵⁴².

En este primer caso, por tanto, la Ley Orgánica nacional no realizó por sí misma un proceso de descentralización política desde el nivel nacional hacia los estados, sino que definió un ámbito de competencias concurrentes en el cual puede producirse una descentralización, la cual en todo caso no será uniforme. Puede efectuarse en determinadas materias, en ciertos estados y en otros no, y la iniciativa puede partir tanto del Ejecutivo Nacional como del gobernador de un estado. Se trata por tanto, de una descentralización “a la carta” en la cual se escogen las materias a descentralizar, sea por el Ejecutivo Nacional sea por los gobernadores, y el proceso cristaliza en un “convenio” sometido a diversas aprobaciones, entre ellas, la del Senado y la de la Asamblea Legislativa respectiva.

⁵⁴² V. *Informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993*. Memoria del Dr. Allan R. Brewer-Carías, Ministro de Estado para la descentralización, Caracas, 1994.

C. La descentralización territorial hacia los estados de materias de la competencia nacional

Pero en segundo lugar, la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, en aplicación del artículo 137 de la Constitución de 1961, equivalente al artículo 157 de la Constitución de 1999, resolvió directamente la descentralización de una serie de competencias atribuidas al Poder Nacional, disponiendo en su artículo 11 que “se transfiere a los estados la competencia exclusiva” en las siguientes materias:

- 1° La organización, recaudación, control y administración del ramo de papel sellado;
- 2° El régimen, administración y explotación de las piedras de construcción y de adorno o de cualquier otra especie, que no sean preciosas, el mármol, pórfido, caolín, magnesita, las arenas, pizarras, arcillas, calizas, yeso, puzolanas, turbas, de las sustancias terrosas, las salinas y los ostrales de perlas, así como la organización, recaudación y control de los impuestos respectivos. El ejercicio de esta competencia está sometido a la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio y a las leyes relacionadas con la protección del ambiente y de los recursos naturales renovables;
- 3° La conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras, puentes y autopistas en sus territorios. Cuando se trate de vías interestadales, esta competencia se ejercerá mancomunadamente, a cuyos efectos se celebrarán los convenios respectivos;
- 4° La organización, recaudación, control y administración de los impuestos específicos al consumo, no reservados por Ley al Poder Nacional; y
- 5° La administración y mantenimiento de puertos y aeropuertos públicos de uso comercial.

Sin embargo, a pesar de la transferencia que se ordenaba en la norma, la materialización de la misma sólo operó en cada estado, cuando éstos asumieron dichas competencias por ley especial dictada por las respectivas Asambleas Legislativas. Hasta tanto ello no ocurriera, en cada estado, la Ley Orgánica dispuso que se mantendría vigente el régimen legal que existía en diciembre de 1989. (Párrafo único, artículo 11).

2. La autonomía política o territorial

Tal como se ha señalado, la mayor autonomía en la descentralización se da en la de carácter político-territorial, en particular, en el caso de la federación venezolana, en relación con los estados y municipios. En ellos, la autonomía territorial lleva implícita la autoformación, la autonomía tributaria, la autonomía política y la autonomía administrativa.

En la descentralización territorial, en efecto, toda vez que se trata de una descentralización política, existe un mayor grado de autonomía, la cual por lo demás se prevé en la Constitución, al consagrar en el artículo 159 que los estados son entidades autónomas e iguales en lo político; y, en el artículo 168, que los municipios constituyen la unidad primaria de la organización nacional, y gozan de autonomía aun cuando “dentro de los límites de esta Constitución y de la ley”. Esto implica, en todo caso, que no hay control de tutela del poder central hacia los estados y municipios. En concreto, en relación con los municipios, el mismo artículo 168 de la Cons-

titución, prevé que los actos de los municipios no pueden ser impugnados sino por ante los tribunales competentes, de conformidad con la Constitución y con la ley, que no son otros que los de la jurisdicción contencioso administrativa o de la jurisdicción constitucional. Por tanto, no pueden ser impugnados ante el Poder Ejecutivo Nacional.

Por lo tanto, el Poder Nacional no puede controlar a la administración político-territorial, salvo en la forma autorizada en la Constitución (vía judicial).

Ahora bien, en primer lugar, los entes territoriales tienen autonomía normativa, en el sentido de que por ejemplo en la federación venezolana, los estados pueden dictarse su propio ordenamiento jurídico, pues corresponde a los Consejos Legislativos respectivos “Legislar sobre las materias de la competencia estatal” (artículo 162,1). En el campo municipal, los concejos municipales, como autoridad legislativa en los municipios (Art. 175) pueden dictar las Ordenanzas Municipales, es decir, dictar las leyes que van a regular la comunidad en el ámbito municipal, por supuesto, en las materias que son propias de la vida local. Estas están asignadas a los municipios dentro del sistema de descentralización propio del sistema federal.

Ahora bien, este sistema de distribución de competencias puede dar origen a conflictos entre la autoridad nacional, la autoridad estatal y la autoridad municipal, por invasión mutua de competencias. En particular, ha sido frecuente la invasión de los entes municipales en el campo tributario reservado al Poder Nacional, correspondiendo a la jurisdicción constitucional su solución, sea mediante el control de la constitucionalidad de las leyes y ordenanzas, sea mediante la resolución de las controversias constitucionales que se susciten entre los tres niveles de gobierno (Art. 336 de la Constitución).

En todo caso, la consecuencia de esa autonomía normativa es que los actos de los estados y municipios sólo pueden ser revisados, por la autoridad judicial y particularmente por los órganos de la jurisdicción constitucional (Sala Constitucional del Tribunal Supremo, Art. 336,2) y de la jurisdicción contencioso-administrativa (artículos 259). Expresamente la Constitución dice en su artículo 168 que los actos de los municipios no pueden ser impugnados, sino por ante los órganos jurisdiccionales, de manera que no hay instancia de revisión alguna entre un acto municipal y las autoridades ejecutivas nacionales.

En segundo lugar, otro elemento de la autonomía propia de la descentralización territorial es la autonomía tributaria. En Venezuela, sin embargo, a nivel de los estados, ésta no está establecida expresamente, sino que deriva de las transferencias que haga el Poder Nacional conforme al artículo 167,5 de la Constitución.

En cuanto a los municipios, también gozan de autonomía tributaria conforme a la cual pueden crear impuestos y tienen sus ingresos propios dentro del ámbito de las competencias propias de la vida local. Esta autonomía tributaria da origen a una potestad tributaria propia de los municipios para crear impuestos a las actividades económicas (patentes de industria y comercio), a los inmuebles urbanos y a los espectáculos públicos, etc. (Art. 179, Constitución).

En todo caso, estados y municipios, en el ejercicio de la autonomía tributaria, están sometidos a las limitaciones establecidas en el artículo 183 de la Constitución.

En tercer lugar, la descentralización política conlleva la autonomía política, que en el mismo caso de la federación venezolana, se manifiesta en los estados en el hecho

de que sus autoridades deben ser electas, es decir, que no sean designadas por el nivel nacional.

En cuanto a los legisladores miembros de los Consejos Legislativos, éstos siempre han sido elegidos por votación universal, secreta y directa (artículo 162 de la Constitución); y en cuanto a los gobernadores, a partir de 1989 han sido electos por votación popular, universal, directa y secreta conforme a la Ley de elección y remoción de los Gobernadores de Estado de 1988 (reformada en 1989), dictada en ejecución de lo previsto en el artículo 22 de la Constitución de 1961. El artículo 160 de la Constitución de 1999 en todo caso establece que los gobernadores son elegidos por mayoría de las personas que voten.

Por supuesto, los municipios tienen también autonomía política, porque el municipio elige sus propias autoridades, tanto a los alcaldes como a los concejales sin ninguna interferencia de poderes nacionales (Arts. 174, 175, Constitución). Por tanto, la descentralización territorial va acompañada de la descentralización política, ya que la entidad local tiene, no sólo autonomía y autoadministración, sino también, autogobierno. Puede elegir y elige, en efecto, sus propias autoridades.

Por último, en cuarto lugar, la descentralización territorial también implica autonomía administrativa, en el sentido de que, por ejemplo, los estados tienen dentro de sus competencias “la administración de sus bienes y la inversión y administración de sus recursos, incluso de los provenientes de transferencias, subvenciones o asignaciones especiales del poder Nacional, así como de aquellos que les asignen como participación en los tributos nacionales” (Art. 164, 3). Esta autonomía, sin embargo, está sometida constitucionalmente a limitaciones derivadas de la posibilidad para el legislador nacional de establecer por ley los principios, normas y procedimientos que propendan a garantizar el uso correcto y eficiente de los recursos provenientes del situado constitucional y de la participación municipal en el mismo (Art. 167,4); lo que ha estado regulado mediante el “Plan Coordinado de Inversiones” en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989; y de las potestades de control atribuidas a la Contraloría General de la República (artículo 289 de la Constitución).

Los municipios tienen, también, autonomía administrativa. Constitucionalmente tienen la libre gestión de los asuntos propios de la entidad, y esa libre gestión significa que no hay ni puede haber interferencia de entes nacionales en la Administración municipal, salvo por lo que respecta a la intervención de la Contraloría General de la República, por autorización de la propia Constitución (Art. 235, Constitución).

IV. LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA Y LA DEMOCRACIA

La descentralización política, sin duda, es la más importante manifestación de la democratización de los Estados contemporáneos, por supuesto no sólo a través del replanteamiento de los viejos esquemas federales, sino mediante fórmulas de regionalización política que en muchos casos han resultado más efectivas.

Como instrumento de distribución vertical del poder público y de las competencias estatales en el territorio, la descentralización política es en definitiva, el mecanismo institucional que puede hacer realidad la efectiva participación política de los ciudadanos en los asuntos públicos, más allá de la sola participación electoral.

Por ello, la participación política es un proceso que sólo se puede materializar en regímenes democráticos. No hay ni ha habido Estados autocráticos descentralizados, de manera que como regla general, los autoritarismos temen y rechazan tanto la descentralización política como la participación democrática, incluyendo los autoritarismos que tradicionalmente han gobernado en América latina bajo el ropaje del “centralismo democrático” de cualquier cuño que sea, incluso de orden partidista.

El tema, por otra parte, es de crucial importancia en el actual momento político latinoamericano, pues comienzan a sonar muchos cantos de sirenas autoritarios que para destruir la democracia, que siempre tiene que ser representativa, comienzan a vender una supuesta alternativa de “democracia participativa”, que en la práctica en realidad a la vez imposibilita la participación. Ello incluso ha confundido a muchos demócratas al intentar dar respuesta a las exigencias políticas crecientes de participación democrática, mediante el sólo establecimiento de soluciones de carácter referendario o de iniciativas o consultas populares, que no agotan en absoluto la participación⁵⁴³.

1. La democracia ante el discurso autoritario y la llamada “democracia participativa”

En efecto, si algo caracteriza la situación actual en América Latina es que ha comenzado a soplar como vendaval, un muy falaz discurso neautoritario que supuestamente pretende sustituir la democracia representativa por una democracia participativa, como si se tratara de conceptos dicotómicos; y ello, contra lo que primero atenta es contra la propia democracia, contra la descentralización política y contra el desarrollo local.

Esta llamada “democracia participativa” en el discurso autoritario, en realidad no es la que podría permitir y asegurar una efectiva participación política del ciudadano en la conducción de los asuntos públicos más allá del ejercicio del derecho al sufragio, como sólo la descentralización y municipalización pueden lograr. En realidad, en ese discurso autoritario, la democracia participativa, de democracia sólo tiene el nombre, el cual es hábilmente utilizado por quienes se aprovechan de los fracasos políticos que han experimentado muchas de nuestras anquilosadas democracias meramente representativas y de partidos. Por lo que, estamos en presencia de un engañoso slogan propagandístico, el cual, sin embargo, hay que reconocerlo, no deja de tener su atractivo.

Pero ese discurso, en realidad, lo que oculta es un feroz modelo de gobierno autoritario que creíamos superado en nuestro Continente, y que comienza ahora a aparecer con nuevo cuño, envuelto en ropa de camuflaje con pintas populares y de legalidad, apoyado incluso por masas empobrecidas que reciben dádivas, pero sin que se genere riqueza ni empleo. Hay un neo-populismo rico o petrolero rampante en América Latina, que reparte para lograr apoyos populares, pero sin lograr disminuir la

⁵⁴³ V. en general, Allan R. Brewer-Carías, “Democracia municipal, descentralización y desarrollo local”, *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, nº 11, Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid Julio Diciembre 2003-2004, pp.11-34; y Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 41 y ss.

pobreza, sino mas bien incrementarla, destruyendo la institucionalidad democrática y económica existente.

El discurso de la “democracia participativa”, sin duda, como lo hemos dicho, es atractivo. Incluso todos, alguna vez hemos usado la expresión “democracia participativa” al criticar el funcionamiento de nuestras democracias, pero la verdad es que su uso político indiscriminado, la mayoría de las veces se hace sin que se sepa efectivamente de qué se trata y, en realidad, confundiendo indebidamente la democracia participativa con elementos de democracia directa o de asambleísmo popular inorgánico, que se tornan en una suerte de democracia plebiscitaria, esencialmente antidemocrática.

Otros en cambio, lo utilizan, pero con una clara y engañosa estrategia para acabar con la democracia como régimen político, paradójicamente alegando que hay que democratizarla aún más, explotando la popularidad de la noción que se origina en el malestar que ha derivado del ejercicio de la democracia representativa reducida al voto y al partidismo. Esta, entre otros aspectos, ha provocado la desconfianza que se ha venido manifestando en relación con los partidos políticos, que en lugar de intermediarios entre la sociedad y el Estado la verdad es que han mediatizado la voluntad de la primera; y además, ha originado la desconfianza respecto del propio Estado, al haber éste quedado controlado por aquellos, y tener sus estructuras e instituciones demasiado lejos del ciudadano.

En medio de esta confusión, y de los discursos tanto democráticos como autoritarios que a la vez y al unísono desde sus propias trincheras, claman por la “democracia participativa”, se hace necesario replantear la discusión sobre la democracia, la descentralización política y la participación, todo lo cual es por esencia contrario al autoritarismo; para tratar de situar el concepto de la democracia participativa donde le corresponde, que es precisamente en el ámbito de la descentralización política y particularmente en el ámbito local.

2. Sobre la democracia: la representación y la participación

Sin duda, los dos principios fundamentales de la democracia en el mundo contemporáneo siguen siendo la representación y la participación. La primera, la representación, si a algo se contrapone, sin duda es a la democracia directa: la dicotomía está, en este caso, entre la democracia representativa o indirecta, por una parte, y por la otra, la democracia directa⁵⁴⁴.

El segundo principio, el de la participación, a la vez, si a algo se contrapone es a la exclusión política, no a la representación. La dicotomía está aquí entre democracia participativa o de inclusión y democracia de exclusión o exclusionista. Y esto es precisamente lo que no se tiene claro cuando se habla de democracia participativa como supuestamente “contrapuesta” a la democracia representativa, en especial desde las mismas trincheras democráticas, queriendo en realidad referirse, sin saberlo, a los mecanismos de democracia directa; y por la otra, desde las trincheras autoritarias, confundiendo los conceptos para propugnar la eliminación o minimización

544 V. en general, Luis Aguiar de Luque, “Democracia directa y Estado Constitucional”, *Revista de Derecho Privado*, Editorial Edersa, Madrid 1977.

de la representatividad y buscar establecer una supuesta relación directa entre el líder y sus estructuras de poder y el pueblo, a través de los mecanismos institucionales del Estado dispuestos para hacer creer que se participa.

En cuanto a la democracia representativa o democracia indirecta, esta es y seguirá siendo de la esencia de la democracia. Su sustitución es imposible si de democracia se trata, sin perjuicio de que afortunadamente se haya venido enriqueciendo en las últimas décadas, precisamente, con la introducción en nuestros sistemas políticos de mecanismos de democracia directa que la complementan, pero que jamás podrán sustituirla. Por ello es que decimos que no puede existir en el mundo contemporáneo una democracia que sólo sea refrendaria o de cabildos abiertos permanentes; ni que en los términos contemporáneos, sólo sea una “democracia plebiscitaria”, donde la representatividad y el pluralismo sean marginales.

En cuanto a la ilusión de la democracia directa, debe recordarse que incluso, ni siquiera en la antigua Grecia existieron realmente sistemas que sólo fueran democracia directa, donde las decisiones supuestamente sólo se tomaban en asambleas, pues la conducción de los asuntos públicos realmente la hacían los magistrados, que si bien no eran siempre electos, si eran designados por sorteo.

Pero en todo caso, democracia directa y democracia representativa no son excluyentes. En la actualidad, y sin sustituir la representatividad, en casi todos los sistemas constitucionales contemporáneos se han incorporado mecanismos de consultas populares y de asambleas de ciudadanos con el objeto de complementar la democracia representativa. Además, todos los tipos imaginable de referendos, como los consultivos, los aprobatorios, los decisorios, los abrogatorios, los autorizatorios y los revocatorios, se han ensayado; al igual que se han regulado las iniciativas y consultas populares. Todo ello, sin duda, ha contribuido a la movilización popular y a la relativa manifestación directa de voluntad del pueblo; pero es claro que esos mecanismos no pueden sustituir a la democracia conducida por representantes electos.

Lo importante en este aspecto, es asegurar que dichos representantes sean realmente representativos de las sociedades y sus comunidades, y sean elegidos mediante sistemas de sufragio directo, universal y secreto donde impere el pluralismo político, y a través de procesos electorales transparentes que aseguren el acceso al poder con sujeción al Estado de derecho, tal como lo establece la *Carta Democrática Interamericana* de 2001 de la Organización de Estados Americanos.

Pero sin duda, más interés contemporáneo tiene el segundo principio básico de la democracia, el de la participación política, que exige que el régimen democrático sea uno de inclusión política, donde el ciudadano sea parte de su comunidad política, y pueda contribuir a toma de las decisiones que le conciernen.

Hay que situar el concepto en su lugar, pues participar en realidad es estar incluido, por lo que la dicotomía en relación con la participación no es con la representatividad como contrapuesta a democracia directa. La dicotomía en este caso de la participación política con lo que se establece es con la exclusión política, que además conlleva la de orden social y económico, y con ello la marginalización.

Lamentablemente, sin embargo, en la doctrina política democrática, con demasiada frecuencia se confunden los conceptos, y cuando se habla de democracia participativa se la confunde con los mecanismos de democracia directa contraponiéndosela con la democracia representativa, y se la reduce, por ejemplo, a las iniciativas legis-

lativas, consultas populares, cabildos abiertos y referendos⁵⁴⁵. Sin embargo, la democracia participativa es mucho más que eso y de ningún modo excluye la representatividad.

Participar, en efecto, en el lenguaje común, es ser parte de...; es pertenecer a...; es incorporarse, contribuir, estar asociado o comprometerse a...; es tener un rol en..., es tomar parte activa, estar envuelto o tener una mano en...; es en fin, asociarse con..., es compartir o tener algo que ver con...⁵⁴⁶ Por ello, la participación política no es otra cosa que ser parte de una comunidad política, en la cual el individuo tiene un rol específico de carácter activo conforme al cual contribuye a la toma de decisiones, y que no se puede agotar, por ejemplo, en el sólo ejercicio del derecho al sufragio (que sin duda es una forma mínima de participación); o en ser miembro de sociedades intermedias, aún las de carácter político como los partidos políticos; o en votar en referendos (que también es otra forma mínima de participación).

Participación política democrática, por tanto, es estar incluido en el proceso político y ser parte activa del mismo, sin mediatizaciones; es en fin, poder tener acceso a la toma de decisiones públicas. Y ello, en ninguna sociedad democrática se ha logrado permanentemente con referendos o cabildos abiertos y menos cuando resultan estar controlados desde el centro del poder. Estos también son formas de participación, pero de carácter mínimo. Tampoco se logra con manifestaciones así sean multitudinarias, donde la gente desfila blandiendo banderitas, criticando acerbamente o cantando o alabando obediente y sumisamente a un líder. Eso no es participación política; eso no es más que manifestación política, que es otra cosa. Esa, la historia se ha encargado de enseñarnosla en todas sus facetas, incluyendo las propias de los autoritarismos fascistas. Incluso las manifestaciones pueden ser poco amistosas, de protesta, a veces furiosas y violentas. Pero lo que es cierto es que no se la puede confundir con participación política.

Por ello es que debemos enfatizar que para que la democracia sea participativa, es decir, sea inclusiva o de inclusión, tiene que permitir que el ciudadano pueda ser parte efectivamente de su comunidad política; tiene que permitirle desarrollar incluso conciencia de su efectiva pertenencia, es decir, de pertenecer a un determinado orden social y político, por ejemplo, a una comunidad; a un lugar; a una tierra; a un campo; a una comarca; a un pueblo; a una región; a una ciudad; en fin, a un Estado.

Se trata de lo que Norberto Bobbio denominó “el proceso de expansión del poder ascendente”, que amplía de la esfera de las relaciones políticas, y que pasa -decía-

[...] de la esfera de las relaciones en que el individuo es tomado en consideración en su papel de ciudadano, a la esfera de las relaciones sociales, donde el individuo es tomado en consideración en una diversidad de estatus y papeles específicos, por ejemplo, como padre y como hijo, como cónyuge, como empresario y trabajador, como maestro y como estudiante; y también como oficial y como soldado, como administrador y administrado, como productor y como consumidor, como gestor de servicios públicos y como usuario⁵⁴⁷.

545 V. Humberto Njaim, *La democracia participativa*, discurso de incorporación como Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, marzo 2005.

546 Diccionario de la real Academia Española de la Lengua.

547 Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México 1992, p. 42.

Pero por supuesto, el tema central a resolver cuando se trata de la participación democrática, es determinar cómo y en qué lugar la misma puede realizarse. Como por su parte lo advirtió Giovanni Sartori:

O el autor de la democracia participativa se decide a clarificar positivamente dónde está lo que corresponde a cuál participación (de cuál naturaleza) y en cuáles lugares (en todas partes); o nos quedamos con un animal que no logró identificar.

Sobre ello, agregaba, “mucho ruido, es cierto, también mucha polémica furiosa; pero queda la duda de que haya nacido algo nuevo”⁵⁴⁸.

3. La participación como esencia histórica de la democracia

La verdad, sin embargo, es que la democracia participativa no es nada nuevo; ha estado siempre, desde los mismos días de las Revoluciones del Siglo XIX en muchos países hoy con democracias consolidadas; y ha estado allí, en el nivel más ínfimo de los territorios de los Estados, en las Asambleas locales, en los Municipios, en las Comunas. Lo que pasa es que no la hemos querido reconocer, e insistimos en confundirla con algunos instrumentos de democracia directa.

Por ello, el gran problema de la democracia contemporánea, y particularmente el problema de sus líderes y conductores, comenzando por los de los partidos políticos, es que a veces no entienden o mejor, no han querido entender qué es, efectivamente, participar en política, y dónde es que se puede realmente participar. Así, en el ámbito de los demócratas, con gran frecuencia la hemos reducido al ejercicio político del voto, de elegir o de ser miembro de partidos políticos; olvidando que toda participación, sin duda, complica el control férreo que los partidos políticos han desarrollado respecto del proceso político, y complica también, evidentemente, el control que ejercen los regímenes autoritarios. No olvidemos que muchas democracias contemporáneas han funcionado conforme al principio del centralismo democrático el cual también sirvió, en su momento, a las democracias que en 1989 desaparecieron con la caída del muro de Berlín.

Por otra parte, en el ámbito de los neoautoritarismos, es donde con frecuencia se blande la bandera de una supuesta “democracia participativa” para rechazar la democracia representativa, pues en realidad no se concibe otra forma de “participación” que no sea la que deriva de la relación directa entre líder y pueblo, signada por la ordenes y consignas del primero y la obediencia y sumisión del segundo; o la que deriva de un “hacer ver que se participa” en asambleas populares no representativas, controladas desde el centro del poder, y que muchas veces se establecen en paralelo a los gobiernos locales que a la vez resultan ahogados. Eso, por supuesto, tampoco es participación política; es un engaño y una sustitución autocrática de la voluntad popular.

Por su parte, los líderes de los partidos políticos, con harta frecuencia, han concebido la participación política como un monopolio de ellos mismos, y por ello han adquirido un supuesto derecho de mediatizar totalmente la voluntad popular, susti-

548 Giovanni Sartori, *¿Que es democracia?*, Altamira Editores, Bogotá, 1994.

tuyéndola y apoderándose de ella, y excluyendo de la vida política a quienes no son miembros de los mismos.

En las sociedades democráticas avanzadas, en cambio, la participación está en la corriente sanguínea de la propia democracia, y por ello, incluso quienes la ejercen y la viven cotidianamente no se dan cuenta de ella; no se les presta atención, y por ello a veces no se la logra identificar. Ello sucede en las democracias europeas, en las cuales el término “democracia participativa” ni siquiera es tema de discusión, pues esas democracias son por esencia democracias inclusivas. Por supuesto, en ellas se piensa que ello es así, naturalmente, cuando no es cierto.

No olvidemos que ello lo descubrió precisamente para Europa desde comienzos del siglo XIX (1835), Alexis de Tocqueville, con su libro *La Democracia en América*, cuando precisamente se topó con el régimen de gobierno local asambleario que funcionaba desparramado en todo el territorio de las colonias inglesas en la costa este de Norteamérica; democracia que hervía en los *Town Halls*⁵⁴⁹. Esas instituciones comunales, decía De Tocqueville,

[...] son a la libertad lo que las escuelas vienen a ser a la ciencia; la ponen al alcance del pueblo, le hacen paladear su uso político y lo habitúan a servirse de ella⁵⁵⁰.

Y en Europa misma, esa democracia local fue uno de los productos más acabados y a veces incomprensidos de la propia Revolución Francesa⁵⁵¹, la cual sin embargo, también fue advertido por el propio de Tocqueville en su otra clásica obra sobre *El Antiguo Régimen y la Revolución*, escrita veinte años después. Decía:

La administración local tiene un contacto diario con [los ciudadanos]; toca continuamente sus puntos más sensibles; influye en todos los pequeños intereses que forman el gran interés que se pone en la vida; es el objeto principal de sus temores y también el de sus esperanzas más queridas; los mantiene vinculados a ella por una infinidad de lazos invisibles que los arrastran sin que se den cuenta⁵⁵².

Y en efecto, dejando aparte y sin sustituir al sufragio y a los instrumentos de democracia directa, la participación política como democracia de inclusión en la cual el ciudadano puede tomar parte personalmente en un proceso decisorio, interviniendo en actividades estatales y en función del interés general⁵⁵³, sólo puede tener lugar efectivamente en los estamentos territoriales más reducidos, en el nivel local, comunal o municipal. Es decir, sólo en los niveles territoriales inferiores de la organiza-

549 Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México 1973, pp. 79 y ss.

550 *Idem.* p. 78.

551 Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992; y Allan R. Brewer-Carías, “El paralelismo entre el constitucionalismo venezolano y el constitucionalismo de Cádiz (o de cómo el de Cádiz no influyó en el venezolano)” en *La Constitución de Cádiz. Hacia los orígenes del constitucionalismo iberoamericano y latino*, Unión Latina, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 223-333.

552 Alexis de Tocqueville, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Alianza Editorial, Tomo I, Madrid 1982, p. 15.

553 V. por ejemplo, en relación con la administración de justicia, Alberto González, “Participación en la Administración de Justicia” en Jorge Londoño U. (Compilador), *Constitucionalismo, participación y democracia*, Librería Jurídica Ethos, Uniboyacá, Bogotá-Tunja, 1997, pp. 76-77.

ción del Estado es que se puede montar una organización participativa que permita la incorporación del ciudadano individual, o en grupos o en comunidades, en la vida pública, y particularmente, en la toma de decisiones públicas generales o de orden administrativo.

Como lo señaló el profesor de derecho administrativo, ex Alcalde de Bogotá, Jaime Castro,

La democracia moderna no se concibe sin audaces formas de participación ciudadana y comunitaria en el ejercicio del poder a nivel local y regional. Sin la garantía de que todas y todos pueden y deben participar en la preparación de las decisiones que se piensen tomar sobre temas de interés general, en su adopción y ejecución, esto último mediante el control que realicen sobre la gestión de las autoridades y los particulares que ejerzan funciones públicas. Sólo esas formas democráticas de participación le cambian la cara a las instituciones y permiten hablar de un nuevo régimen político⁵⁵⁴.

Pero por supuesto, el tema central que tiene que resolverse cuando se habla con propiedad de democracia participativa, es el de la determinación del nivel territorial que se requiere para la participación como cotidianeidad democrática, y la opción está entre el municipio desparramado en todos los rincones de un Estado, en cada villa, pueblo y caserío, situado bien cerca del ciudadano; o el gran municipio urbano o rural, situado al contrario bien lejos del ciudadano.

V. LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y EL RÉGIMEN MUNICIPAL

Lo cierto, en definitiva, es que en la mayoría de los llamados países desarrollados democráticos, donde la democracia es representativa y permanentemente participativa, la participación política cotidiana ocurre por la existencia de muchos municipios, y entre ellos, de municipios pequeños. Por ejemplo, en Alemania, de sus 16.098 municipios, un 76% tiene menos de 5.000 habitantes; y en España, alrededor del 86% de sus más de 8.056 municipios, tienen menos de 5.000 habitantes, agrupando sólo el 16% de la población, y el 61% tiene menos de 1.000 habitantes⁵⁵⁵. Debe destacarse además, como un ejemplo de lo que significa para un país tener territorialmente muchos pequeños municipios, como el caso de la sola Comunidad de Castilla y León de España, que alberga algo más de un cuarto del total de los Municipios de ese país, con 2.248 municipios para 2,484.603 habitantes, de los cuales el

554 Jaime Castro, *La cuestión territorial*, Editorial Oveja Negra, Bogotá 2003, pp. 201-202. Por ello, cabría preguntarse ¿Por qué será entonces, que en un excelente libro reciente sobre *Las democracias. Entre el Derecho Constitucional y la Política*, de los profesores Olivier Duhamel y Manuel José Cepeda Espinosa en sus más de 400 páginas donde los autores analizan los regímenes democráticos contemporáneos de Europa y América Latina, en la única página en la cual se habla y se usa la expresión de “democracia de participación” es en relación con el sistema suizo? V. Olivier Duhamel y Manuel José Cepeda Espinosa, *Las Democracias. Entre el Derecho Constitucional y la Política*, TM Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 1997, p. 56. Acaso el régimen constitucional de Suiza, entre otros factores por la superficie incluso del país, no es el paradigma del federalismo y del régimen local o cantonal?

555 V. Torsten Sagawe, “La situación de los pequeños municipios en Europa: con especial referencia a la República Federal de Alemania”, en Luis Villar Borla et al, *Problemática de los pequeños Municipios en Colombia ¿Supresión o reforma?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003, p. 40.

68,5%, es decir, 1.540 municipios tienen menos de 500 habitantes⁵⁵⁶. En contraste, por ejemplo, en Venezuela, con casi un millón de kilómetros cuadrados de territorio, y más de 24 millones de habitantes, sólo hay 338 Municipios, con un promedio de población superior a los 70.000 habitantes.

1. El contraste constitucional del Municipio en Europa y en América Latina y su tronco común en: la Revolución Francesa

Por ello, en esta situación es donde precisamente está el contraste más espectacular que existe en el constitucionalismo moderno, entre el régimen municipal europeo y, en particular de España, y el régimen municipal de los países latinoamericanos. Ambos fueron tributarios de los mismos postulados centrales que derivaron de la Revolución Francesa, pero la enorme diferencia entre ellos fue que desde comienzos del siglo XIX en Europa, el Municipio se ubicó en cuanto aldea, pueblo, villa y ciudad existía, bien cerca del ciudadano; y en cambio, en América Latina, el Municipio colonial que traspasó las batallas de la Independencia, continuó ubicado tal como se lo había creado, al nivel territorial de las bien extensas antiguas Provincias coloniales, bien lejos del ciudadano. En los primeros, la participación política es tan cotidiana en las cosas pequeñas que es imperceptible; en los segundos, simplemente no hay participación alguna o hay muy poca.

Pero a pesar de las diferencias, como decía, los municipios de España y Latinoamérica, como casi todas las instituciones de derecho público, tienen un tronco común en los principios del constitucionalismo moderno derivados de las revoluciones norteamericana y francesa⁵⁵⁷, que sustituyeron al Estado absoluto y que originaron la concepción del Estado de derecho.

En ambos lados del Atlántico tomaron raíces al mismo tiempo, a partir de la finalización de las respectivas guerras de independencia, y siguieron cursos paralelos. Entre esos principios por supuesto estaba el principio de la igualdad, la madre de todos los principios del Estado moderno, en el cual la igualdad ante la ley tiene primacía, de manera que lo que nos hace iguales a los hombres es el sometimiento a la ley. Es el origen mismo de la Administración Pública, que como lo analizó magistralmente hace décadas Eduardo García de Enterría, al estar sometida a la ley, es igual para todos sin privilegios y sin sociedades intermedias estamentales o poderes secundarios, a los cuales precisamente sustituyó tanto la estructura de la Administración centralizada como local para garantizar la libertad y la misma igualdad⁵⁵⁸. La creación de Municipios uniformes en todo el territorio de Francia, por tanto, condujo

556 *Informe sobre el Gobierno Local*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Fundación Carles Pi i Sunyer d'Étudies Autònòmics y Locals, Madrid 1992, p. 27

557 Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992; y Allan R. Brewer-Carías, "El paralelismo entre el constitucionalismo venezolano y el constitucionalismo de Cádiz (o de cómo el de Cádiz no influyó en el venezolano)" en *La Constitución de Cádiz. Hacia los orígenes del constitucionalismo Iberoamericano y Latino*, Unión Latina, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 223-333.

558 Eduardo García de Enterría, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Taurus Ediciones, Madrid 1981, pp. 17, 41, 43, 46, 49, 50, 56.

a la sustitución definitiva de las cartas, fueros y privilegios locales. Como lo observó De Tocqueville”, como producto de la Revolución: “Las instituciones deben ser las mismas para todas las partes del territorio y para todos los hombres que los habitan”⁵⁵⁹.

Pero hay que recordar que las reformas del régimen municipal en Francia incluso precedieron la Revolución, con la creación antes de 1787, a iniciativa de los Ministros de Luis XVI, de las asambleas provinciales junto al Intendente, y en cada pueblo, de un cuerpo municipal electivo que sustituiría a las antiguas asambleas parroquiales, y en la mayoría de los casos, al síndico. Contrario a las costumbres que existían, todos los poderes que se pretendieron crear fueron colectivos, y el intendente fue disminuido en su poder. Todo ello condujo a la parálisis de la administración, y, como bien lo apuntó De Tocqueville, “Las asambleas, queriendo mejorarlo todo, acabaron por enredarlo todo”, produciéndose entonces “una de las mayores perturbaciones que haya registrado jamás la historia de un gran pueblo”, en la cual “Cada francés había experimentado una confusión particular. Nadie sabía ya ni a quien obedecer, ni a quién dirigirse”; y terminaba señalando De Tocqueville, que “Perdido el equilibrio de las partes que componían la Nación, un último golpe bastó para hacerla oscilar y producir el más vasto trastorno y la más espantosa confusión que hayan tenido lugar jamás”⁵⁶⁰.

La Revolución quiso poner fin a esta situación, y en el mismo año de 1789, la Asamblea Nacional Constituyente definió un nuevo orden municipal uniforme, fragmentado, generalizado y de carácter electivo; el cual en definitiva, si bien complicó aún más la situación de la Administración, puso las bases para el régimen municipal del constitucionalismo moderno. Comenzó el 4 de agosto de 1789, con un Decreto que declaró irrevocablemente abolidos “todos los privilegios particulares de provincias, principados, cantones, ciudades y comunidades de habitantes, sean pecuniarios o de cualquier otra naturaleza”⁵⁶¹; y al mismo lo siguieron los Decretos de 14 y 22 de diciembre del mismo año 1789. En el primero se dispuso la supresión y abolición de “las Municipalidades existentes en cada villa, burgo, parroquia o comunidad”, con las denominaciones que tuvieran, y se agregó que serían sustituidas por “colectividades locales del reino” tanto en las ciudades como en el campo, con la misma naturaleza y situadas en el mismo plano constitucional, con el nombre común de municipalidad, y que tendrían en su cabeza al alcalde.

En el segundo Decreto se dividió el territorio francés de manera uniforme en departamentos, distritos y cantones, suprimiéndose los intendentes, y además se dispuso que “en cada villa, burgo, parroquia y comunidad del campo habrá una municipalidad”⁵⁶². De ello resultó que en 1791, en la Francia revolucionaria había 43.915 municipios, que comenzaron a llamarse comunas. Estas entidades municipales, además de las funciones propias de la Administración general que les podían ser delegadas, ejercían el “poder municipal”, concepto que venía de los escritos de Ben-

559 Alexis de Tocqueville, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Alianza Editorial, Tomo II, Madrid 1982, pp. 99, 201.

560 *Idem.*, p. 197.

561 Luciano Vandelli, *El Poder Local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid 1992, p. 28, nota 10.

562 Albert Soboul, *La révolution française*, Gallimard, París 1981, pp. 198 y ss.

jamín Constant y de las propuestas de reforma del ministro Turgot (1775)⁵⁶³, y que luego se arraigaría en el constitucionalismo latinoamericano⁵⁶⁴.

Con esta división territorial, como lo percibió Burke en tiempos de la Revolución: “Es la primera vez que se ve a los hombres hacer pedazos su patria de una manera tan bárbara”; pero De Tocqueville acotaría años después, que en realidad, si bien “Parecía, en efecto que se desagarraban cuerpos vivos, lo único que se hacía era despedazar cuerpos muertos”⁵⁶⁵. Sin embargo, lo cierto es que el sistema produjo la disolución del Estado al haber estallado Francia en cuarenta mil pedazos, cada uno con una especie de república soberana y anárquica que no tenían nexo alguno con el poder central en construcción.

2. De la anarquía a la organización piramidal del poder (el control de tutela)

De tal anarquía vinieron las reformas para tratar de controlar la acción municipal desde el poder central, como por ejemplo, al atribuírsele en la Constitución de 1791 poderes anulatorios al Rey, respecto de los actos municipales; al crearse en la Ley del 14 de frimario del año II (4 de diciembre de 1793) unos agentes nacionales directamente conectados al centro (Paris) para ejercer la vigilancia sobre los municipios; y además, al pretender reducir el número de comunas en la Constitución del año III (5 fructuoso, 22 de agosto de 1795), reagrupándoselas en entidades locales, y estableciendo la subordinación de las comunas a las Administraciones departamentales, y éstas a los Ministros.

Pero el torbellino revolucionario que no había cesado, comenzó a producir su propia transformación con el golpe de Estado del 18 de brumario del año VIII (9 de noviembre de 1799), a raíz del cual Napoleón reimplantaré la centralización que se había establecido en el Antiguo Régimen y que había quedado destrozada con la Revolución. Se estableció, así, un esquema de control centralizado sobre las más de 40.000 comunas que fueron restablecidas, creándose un sistema escalonado y jerarquizado de control sobre las mismas, donde serían esenciales las figuras del prefecto y subprefecto dependientes del poder central y controlando a los alcaldes, establecidos en la Ley de 28 pluvioso del año VIII (17 de febrero de 1800)⁵⁶⁶.

La centralización administrativa por el establecimiento de esa rígida cadena institucional que unía: Ministro, Prefecto, Subprefecto y Alcalde, y que dio origen al llamado control de tutela, sin duda, fue uno de los aportes más importantes a la Ad-

563 Eduardo García de Enterría, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Taurus Ediciones, Madrid 1981, pp. 72, 76, 135.

564 En Venezuela, por ejemplo, aparece a partir de la Constitución de 1857, artículos 6 y 85. V. en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1997, pp. 467 y 475.

565 Alexis de Tocqueville, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Alianza Editorial, Tomo I, Madrid 1982, p. 107.

566 V. Luciano Vandelli, *El Poder Local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid 1992, pp. 29 y ss.; Eduardo García de Enterría, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Taurus Ediciones, Madrid 1981, pp. 107 y ss.; Sandra Morelli, *La Revolución Francesa y la Administración Territorial en Colombia, Perspectivas comparadas*, Universidad Externado de Colombia, 1991, pp. 31 y ss.

ministración municipal y local, y a la propia construcción del Estado centralizado. Como lo diría el Presidente François Mitterand, casi doscientos años después, al proponer la reforma descentralizadora de 1981: “Francia tuvo que acudir a un poder fuerte y centralizado para hacerse. Hoy necesita un poder descentralizado para no deshacerse⁵⁶⁷. Esta, entre tantas, fue precisamente una de las motivaciones de la sanción de la conocida Ley francesa de Libertad de las Comunas de 1982⁵⁶⁸”.

3. Los principios del régimen municipal napoleónico y su travesía atlántica

Tres principios configuraron el régimen municipal napoleónico: *primero*, el principio de la creación de un municipio por cada colectividad local -aún de dimensiones mínimas- abarcando desde el pequeño pueblo rural hasta el gran centro urbano; *segundo*, el principio de la uniformidad e igualdad formal del régimen de los municipios a pesar de la diversidad territorial, geográfica y demográfica de los mismos a lo largo y ancho de los territorios estatales; y *tercero*, las reglas generales de funcionamiento de la tutela, como instrumento de control sobre las entidades locales. Todo ello configuró un modelo de régimen municipal, sin duda que se extendió por toda Europa⁵⁶⁹.

Hacia Latinoamérica, sin embargo, sólo hicieron la travesía del Atlántico algunos aspectos del régimen de municipalización uniforme, pero ni el primero ni el último de los principios, es decir, el de la generalización de colectividades locales en el territorio y el del control de tutela, llegaron a nuestras costas; y al contrario, desde el inicio del Siglo XIX, no sólo el municipio se ubicó en niveles territoriales muy alejados de los pueblos sino que además, se implantó el principio de la autonomía municipal.

A. El principio de la multiplicidad de municipios en Europa y en particular en España

En cuanto al primer aspecto que es el que nos interesa destacar aquí, el de la creación de un municipio por cada colectividad local que existiera en un territorio, con la consecuente fragmentación territorial, puede decirse que el mismo sí dejó su impronta en toda Europa; y por ello, por ejemplo, en los años setenta, todavía existían 2.539 Municipios en Bélgica, con una población promedio de 3.600 habitantes, los cuales después de la paradigmática operación quirúrgica realizada en el mapa municipal en 1972, hayan sido reducidos a 589 municipios, ahora con una población promedio de 16.900 habitantes por municipio. En Alemania Occidental aunque antes de la unificación, de los más de 24.000 municipios que existían, entre 1968 y

567 Citado por Jaime Castro, *La cuestión territorial*, Editorial Oveja Negra, Bogotá 2003, p. 26.

568 Sobre la aplicación de la Ley del 2 de marzo de 1982, *V.* en general, André Terrazzoni, *La décentralisation a l'épreuve des faits*, LGDJ, Paris 1987.

569 Luciano Vandelli, *El Poder Local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid 1992, pp. 153 y ss.

1980 habían quedado reducidos a 8.357.⁵⁷⁰; actualmente existen 16.121 Municipios, con un promedio de 5.086 habitantes. En Italia hay 8.104 municipios con un promedio de 7.156 habitantes; y en Suiza hay 3.000 cantones con 2.333 habitantes promedio⁵⁷¹.

En España, la influencia francesa en este aspecto también fue decisiva, por lo que la Constitución de Cádiz de 1812, en efecto, dispondría en su artículo 310 que “Se pondrá Ayuntamiento en los pueblos que no lo tengan, y en que convenga le haya, no pudiendo dejar de haberle en los que por sí o con su comarca lleguen a mil almas, y también se les señalará término correspondiente”; correspondiéndole a los Ayuntamientos, sin embargo, desempeñar sus encargos bajo la inspección de las diputaciones provinciales (Art. 323). Así, todo el territorio español se sembró también de municipios en todo el territorio español, y ello explica los 9.245 Municipios que Cirilo Martín Retortillo reseñaba en la edición de su recordado libro sobre *El Municipio Rural*⁵⁷², de 1950; cifra que ha pasado a los 8.056 municipios actuales, con un promedio de población de 4.825 habitantes. El Municipio que derivó de la influencia francesa, sustituyó así lo que quedaba del municipio de arraigo medieval, con sus fueros, privilegios y cartas-pueblas, particularmente en Castilla y León, con raíces en el proceso de la Reconquista. Esos fueron, a pesar de su progresivo control por la Corona a partir del Siglo XVI, por su arraigo en las ciudades los que condujeron la guerra de Independencia contra la invasión napoleónica. El precio que pagaron por ello, en todo caso, en nombre de la igualdad, fue su uniformización y su multiplicación territorial.

B. El régimen municipal colonial en Latinoamérica: los Cabildos Provinciales

El Latinoamérica, el municipio colonial también fue el factor fundamental del proceso de Independencia frente a España, de manera que sin lugar a dudas se puede afirmar que a también a comienzos del siglo XIX, la Independencia americana la hicieron los Cabildos, de manera que el Municipio, “fue la raíz de la República”⁵⁷³. Ese Municipio también fue radicalmente transformado con el republicanismo constitucional, en forma paralela a la transformación que se estaba operando en la Península, al punto de que por ejemplo se puede leer en la “Constitución para el gobierno y administración de la provincia de Caracas” de enero de 1812, que formaba parte de la Confederación de los Estados de Venezuela creada conforme a la Constitución de diciembre de 1811 (ambas promulgadas antes que lo fuera la Constitución de Cádiz de marzo de 1812); se puede leer, -decía-, sobre la división del territorio de la

570 Torsten Sagawe, “La situación de los pequeños municipios en Europa: con especial referencia a la República Federal de Alemania”, en Luis Villar Borla et al, *Problemática de los pequeños Municipios en Colombia ¿Supresión o reforma?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003, pp. 42-43.

571 V. Luciano Vandelli, *El Poder Local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid 1992, pp. 179; Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 139 y ss.

572 V. Cirilo Martín Retortillo, *El Municipio Rural*, Bosch, casa Editorial, Barcelona 1950, p. 139.

573 V. Joaquín Gabaldón Márquez, *El Municipio, raíz de la República*, Academia Nacional de la Historia, Caracas 1977.

Provincia, uniformemente, en Departamentos, Cantones y Distritos, debiendo tener estos últimos un territorio con aproximadamente 10.000 habitantes⁵⁷⁴.

En las capitales de Distrito se establecieron Municipalidades, así como en muchos de los pueblos entonces existentes, denominándose estas pequeñas Municipalidades como villas. La Municipalidad, se concibió, así, inicialmente más como una corporación local electa conforme al principio representativo para la atención de los intereses de la comunidad, que una división uniforme del territorio; por lo que con frecuencia tenían jurisdicción sobre otros pueblos y parroquias⁵⁷⁵.

La uniformización territorial municipal fue posterior y paulatinamente fue arraigándose durante el Siglo XIX en todos los países latinoamericanos, pudiendo decirse que el municipio en Latinoamérica también derivó, en cierta forma de la influencia de la revolución francesa además de la norteamericana, y luego, por supuesto la española de Cádiz. Se substituyó, así, al Municipio colonial indiano, el cual, por lo demás era distinto del que en la época colonial funcionaba en España, pues como bien sabemos, la mayoría de las instituciones americanas antes de la Independencia, fueron concebidas por España especialmente para América o se desarrollaron en el Continente americano en forma distinta a la de España. Ello ocurrió en cierta forma con los Cabildos, que en el mismo momento en que su poder y autonomía era pulverizada por Carlos V en campo de Villamar, al poner fin a la rebelión de los Comuneros de esta tierra castellana, florecieron en América a partir del inicio mismo del poblamiento en lo que se ha denominado una “adaptación regresiva de las instituciones coloniales”⁵⁷⁶.

Los Cabildos americanos en la época colonial, como Cabildos provinciales, con la gran descentralización de que gozaron derivada de la distancia (Recordemos la extraordinaria máxima administrativa colonial: “Se acata pero no se cumple”, incluso tenían poder para designar a los gobernadores en forma interina. Ese privilegio lo reclamaron los cabildantes en Santa Ana de Coro, la primera ciudad fundada en la Provincia de Venezuela en 1528 a la muerte del Gobernador Ambrosio Alfínger en 1533, y fue ejercida sucesivamente por los Cabildos provinciales durante todo el período colonial, confirmada por Real Cédula 1560 y luego por otra Real Cédula de 1676⁵⁷⁷). No es de extrañar, entonces, porqué fueron los Cabildos coloniales los que hicieron la Independencia.

574 Allan R. Brewer-Carías, “La formación del Estado venezolano”, en *Revista Paramillo*, n° 14, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal 1996, pp. 290 y ss.

575 V. el texto de la Constitución provincial de la Provincia de Caracas, en *Las Constituciones Provinciales*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1959, pp. 77 y ss.

576 Laureano Vallenilla Lanz, *Disgregación e Integración, Ensayo sobre la formación de la nacionalidad venezolana*, Segunda edición, Caracas 1953, *cit.*, por Joaquín Gabaldón Márquez, *El Municipio, raíz de la República*, Caracas 1977, p. 66. La obra de Laureano Vallenilla Lanz puede consultarse en Laureano Vallenilla Lanz, *Obras Completas*, Tomo II, (Recopilación de Federico Brito Figueroa y Nikita Harwich Vallenilla), Centro de Investigaciones Históricas, Universidad Santa María, Caracas 1984.

577 El privilegio sólo lo perdieron los Cabildos a partir de 1737. V. Joaquín Gabaldón Márquez, *El Municipio, raíz de la República*, Caracas 1977, pp. 73-110; 125-169.

C. El municipio republicano en América hispana alejado del ciudadano

El municipio republicano latinoamericano, por otra parte, desarrolló características propias: como dijimos, en nuestros países, se adoptó el uniformismo napoleónico en cuanto a la organización y funcionamiento de las corporaciones locales, pero los otros dos principios que derivaron de la revolución francesa y sus correcciones napoleónicas puede decirse que no se siguieron. Por una parte, en América no se arraigó la institución del control de tutela derivada de la centralización napoleónica, y en cambio si germinaron los conceptos del “poder municipal” y de la “autonomía municipal”, al punto de haber adquirido por ejemplo, rango constitucional a partir de 1857, por ejemplo, en la Constitución de Venezuela de ese año al disponer en su artículo 6º que “El Poder Público se divide para su administración en Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Municipal”, dedicando entonces un Título a regular dicho “Poder Municipal”⁵⁷⁸, cuyo contenido relativo a los asuntos propios de la vida local no era distinto al del Decreto de la Asamblea Constituyente en Francia, de diciembre de 1789.

El otro principio, el de la creación de un municipio por cada colectividad local, es decir, por cada caserío, por cada pueblo, por cada villa o ciudad, tampoco se siguió en América, y de los viejos Municipios provinciales coloniales con territorios amplísimos, se pasó a los alejados municipios republicanos, establecidos en ámbitos territoriales cada vez más y más alejados de los ciudadanos y de sus comunidades, con muy pocas excepciones.

Recordemos, en efecto, en contraste con los datos que antes mencionaba sobre la municipalización en Europa, e incluso tomando como referencia los 2.248 municipios de Castilla y León para sus 2.582.327 habitantes que tenía hace 20 años (1986), con un promedio general de algo más de 1000 habitantes por municipio (para no poner como paradigma las 36.433 comunas francesas con un promedio de 1.614 habitantes); no se corresponden con la situación en nuestros países de América Latina en donde la situación es más que dramática: en Argentina, para 37 MM de habitantes, hay 1617 municipios con un promedio de población de 22.882 habitantes; en Bolivia, para 8 MM de habitantes, hay 312 municipios con un promedio de población de 25.642 habitantes; en Brasil, para 168 MM de habitantes, hay 5.581 municipios con un promedio de población de 30.102 habitantes; en Chile, para 15 MM de habitantes, hay 340 municipios con un promedio de población de 44.117 habitantes; en Colombia, para 42 MM de habitantes, hay 1.068 municipios con un promedio de población de 39.326 habitantes; en Cuba, para 11 MM de habitantes, hay 169 municipios con un promedio de población de 65.389 habitantes; en Ecuador, para 12 MM de habitantes, hay 1.079 municipios con un promedio de población de 11.121 habitantes; en El Salvador, para 6 MM de habitantes, hay 262 municipios con un promedio de población de 22.900 habitantes; en Guatemala, para 11 MM de habitantes, hay 324 municipios con un promedio de población de 33.950 habitantes; en Honduras, para 6 MM de habitantes, hay 293 municipios con un promedio de población de 20.478 habitantes; en México, para 97 MM de habitantes, hay 2.418 municipios con un promedio de población de 40.116 habitantes; en Nicaragua, para 5 MM de habi-

578 V. en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997, p. 475

tantes, hay 143 municipios con un promedio de población de 34.965 habitantes; en Paraguay, para 5 MM de habitantes, hay 212 municipios con un promedio de población de 23.585 habitantes; en Perú, para 25 MM de habitantes, hay 1808 municipios con un promedio de población de 13.827 habitantes; en República Dominicana, para 8 MM de habitantes, hay 90 municipios con un promedio de población de 88.889 habitantes; en Uruguay, para 3 MM de habitantes, hay 19 municipios con un promedio de población de 157894 habitantes; y en Venezuela, para 24 MM de habitantes, hay 338 municipios con un promedio de población de 71.006 habitantes⁵⁷⁹.

Lo que resulta más interesante de esta información comparativa es que ninguno de los países latinoamericanos, con todos sus enormes territorios y gran población, alcanzan siquiera el número de Municipios que por ejemplo, tiene sólo esta Comunidad de Castilla y León, cuyos habitantes, además, a pesar de todos los proyectos y esfuerzos que se han hecho por reducir o fusionar municipios, se han opuesto radicalmente a tales propósitos y a perder su personalidad municipal.

El municipio latinoamericano contemporáneo, al contrario, está en el otro extremo y en general ha adquirido un ámbito territorial tan alto y extraño al ciudadano, que hace que no sirva ni para gerenciar adecuadamente los intereses locales ni para servir de instancia de participación política de la ciudadanía en la decisión o gestión de sus propios asuntos comunales.

4. La participación como fenómeno de la vida local

Y aquí volvemos al tema de la democracia participativa, la cual queda claro, que está indisolublemente ligada, no a la democracia directa, sino a la descentralización política y la municipalización, y la misma no se puede materializar con solo propuestas de incorporación al régimen democrático de instrumentos como los referendos o las consultas o las iniciativas populares. La democracia participativa, como hemos insistido, no se agota ni se puede confundir con la democracia directa, como suele suceder en muchos estudios sobre la democracia que propugnan su perfeccionamiento⁵⁸⁰.

La verdad es que para ubicar exactamente qué es la democracia participativa, lo que tendríamos que hacer, entre otras cosas, es preguntarnos: ¿porqué hay países que llamamos democráticamente desarrollados como los europeos, donde no se plantea con tanta urgencia la necesidad de la participación ciudadana y en los cuales precisamente impera la fragmentación municipal? En cambio, también tenemos que preguntarnos, ¿Por qué es que en todos nuestros países latinoamericanos, que al contrario, tienen muy pocos municipios para sus enormes territorios estatales y su población, es donde sin embargo, más se grita al unísono contra nuestras insuficiencias democráticas clamándose a la vez por una democracia participativa?

La participación política como cotidianeidad democrática o como parte de la democracia como forma de vida, sólo puede darse a nivel local. No hay otra instancia en los Estados; lo demás es falacia y engaño, o mecanismos de democracia directa.

579 V. las referencias en Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 139 y ss.

580 V. por ejemplo, en Venezuela, los estudios publicados en *Participación Ciudadana y Democracia*, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, Caracas 1998.

Por ello es que el tema, precisamente, no tiene tanta notoriedad en los países europeos, donde la participación es de todos los días, en las pequeñas cosas que pueden tratarse en esos pequeños municipios rurales como son precisamente por ejemplo, los de Castilla. Allí, la participación local se produce diariamente, en la vecindad e, incluso, en los Consejos Abiertos que tan bien ha estudiado Enrique Orduña, con los cuales se gobiernan al menos los 419 municipios de esta Comunidad de Castilla y León con población inferior a 100 habitantes, y que se ha mantenido a través de los Siglos y de los regímenes políticos, habiendo encontrado incluso reconocimiento constitucional en 1978⁵⁸¹.

5. La participación, el localismo y la descentralización

La participación política o la democracia participativa están por tanto, íntimamente unidas al localismo y a la descentralización, y ésta, a la limitación del poder, lo que es consustancial con la democracia. El régimen local, es entonces, como lo ha dicho Eduardo García de Enterría, la estructura que “da curso al derecho ciudadano a participar en todos, completamente en todos los asuntos públicos que afectan a la propia comunidad”⁵⁸², de manera que como ya nos lo advirtió hace más de treinta años nuestro muy recordado amigo Sebastián Martín Retortillo, cuando España aún no había entrado en el proceso de transición hacia la democracia, en aquella excelente obra que dirigió sobre *Descentralización administrativa y organización política*, al destacar las raíces eminentemente políticas del tema; constataba que la participación efectiva del ciudadano común, siempre presupone la descentralización⁵⁸³; de manera que sin temor a equivocarnos podemos afirmar que no sólo sin descentralización política o territorial, es decir, sin que exista una multiplicidad de poderes locales y regionales, no puede haber participación política, sino que en definitiva no puede haber una democracia participativa. La descentralización es, por tanto, la base de la democracia participativa y a la vez, el impulso de la democratización y control del poder. El centralismo, en cambio es la base de la exclusión política al concentrar el poder en unos pocos electos, y a la vez, el motivo del desprestigio de la democracia representativa por más aditivos de democracia directa o refrendaria se le implanten.

Por ello decía en la conferencia sobre “El Municipio, la descentralización política y la democracia” que dictamos en el *XXV Congreso de la OICI*, en Guadalajara, en 2001, que

[...] el debate contemporáneo en nuestros países por más democracia, tiene que centrarse en el rescate del proceso de descentralización política. Perfeccionar la democracia exige hacerla más participativa y más representativa, para lo cual la única vía posible que existe es acercando el Poder al ciudadano, y ello sólo puede lograrse descentralizando territorialmente el Poder del Estado y llevarlo hasta la más pequeña de las comunidades; es decir, distribuyen-

581 Enrique Orduña R., *Democracia Directa Municipal*. Concejos y Cabildos Abiertos, Editorial Civitas, Madrid 1994.

582 Citado en Sebastián Martín Retortillo, en “Introducción” al libro Sebastián Martín Retortillo et al, *Descentralización administrativa y organización política*, Tomo I, Ediciones Alfaguara, Madrid, 1973, p. LVIII.

583 *Idem*, p. LIX.

do el Poder en el territorio nacional. Y agregaba además, que “cualquiera que sea la forma de descentralización política, se trata de proyectos y propuestas contrapuestos radicalmente al centralismo de Estado y a la concentración del Poder, que son esencialmente antidemocráticos”. En definitiva, la propuesta política que entonces formulamos, y ahora insistimos en ratificar, “busca el diseño en nuestros países, de un nuevo sistema político que la democracia exige, y que sólo puede tener por objeto hacerla más participativa, con gran presencia de la sociedad civil, y más representativa de las comunidades. Ello implica desparramar el poder en todo el territorio, hasta la última de las comunidades, para que el ciudadano y sus sociedades intermedias puedan realmente participar.⁵⁸⁴

Y ello implica, por sobretodo, la municipalización de los territorios de nuestros países, para rescatar, más de doscientos años después, lo que fue la decisión terminante de la Asamblea Nacional Constituyente francesa en aquél diciembre de 1789, y que se traduciría hoy en nuestros países contemporáneos, en la frase de que toda comunidad rural, todo caserío, todo pueblo, todo barrio urbano, debía tener su autoidad local como comunidad política, que llamaremos municipio conforme a nuestra tradición histórica. Como lo enuncia la Constitución de la Provincia del Chaco, en Argentina: “Todo centro de población constituye un municipio autónomo...⁵⁸⁵

Pero por supuesto, para ello, es decir, para una reforma política de esta naturaleza, tenemos que pensar en otro municipio, para no desparramar territorialmente la estructura burocrática local, mal y uniformemente concebida que tenemos en muchos de nuestros países y que lo que podría provocar es peor democracia. La diferenciación municipal, entonces, es consustancial con la municipalización como instrumento para acercar el municipio al ciudadano; porque como ya lo hemos dicho más de una vez,

[...] Un Municipio lejos de las comunidades y vecindades, como es en general el Municipio en nuestros países latinoamericanos, materialmente no sirve para nada bueno, ni para la participación política ni para la gestión eficiente de los asuntos locales, ni por supuesto, para la democracia⁵⁸⁶.

A nivel local, además, es donde florece la libertad en medio de la diversidad, y es donde en definitiva en un mundo cada vez más globalizado como el actual, el hombre, el ciudadano común, encuentra su refugio e identifica el lugar de su pertenencia. Los hombres tenemos que terminar de constatar que en definitiva, frente a la incontenible tendencia hacia la globalización, que está allí y aquí, basada en lo transnacional y en la integración de los países, que produce ese proceso de uniformismo personal, que desdibuja la singularidad de las personas o que despersionaliza al individuo, que todos captamos; frente a ello, se ha venido desarrollando en paralelo otra tendencia mundial pero hacia la lugarización, basada en el rescate de los “lugares”,

584 V. en *XXV Congreso Iberoamericano de Municipios*, Guadalajara, Jalisco, México del 23 al 26 de octubre de 2001, Fundación Española de Municipios y Provincias, Madrid 2003, pp.453 y ss

585 *Artículo 182*. Citado por Augusto Hernández Barrera, “Objetivos inéditos de la categorización municipal” en Luis Villar Borda et al, *Problemática de los Pequeños Municipios en Colombia ¿Supresión o reforma?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003, p. 108. V. además, Augusto Hernández Becerra, *Ordenamiento y desarreglo territorial en Colombia*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá 2001.

586 V. el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 127 y ss.

donde se identifica la singularidad de las personas, es decir, se vuelve a la persona, en su pertenencia a un lugar, donde se revaloriza lo “lugareño” y la vecindad.

Eso lo han llamado los europeos como regionalismos o localismos; pero como “lugarización” lo ha destacado magistralmente Francisco González Cruz, rector de una de la Universidades privadas ubicadas precisamente en uno de esos tantos lugares del interior de nuestros países, en este caso, de la Universidad Valle del Momboy, en Valera, Venezuela. En un libro que tiene el sugestivo título *Globalización y Lugarización*, editado precisamente “en la villa de San Roque de La Quebrada Grande”, “su lugar”- como él lo dice-; define la “lugarización” como “todo proceso que revaloriza lo local”; y el “lugar”, como “el espacio territorial íntimo y cercano donde se desenvuelven la mayor parte de las actividades del ser humano”; o la “comunidad definida en términos territoriales y de relaciones humanas, con la cual la persona siente vínculos de pertenencia. Puede ser una aldea, un pueblo, un barrio o un condominio. Siempre será, necesariamente, un espacio geográfico limitado en tamaño, de tal manera que la gente pueda establecer relaciones interpersonales⁵⁸⁷. Y allí, en definitiva, es donde se puede efectivamente participar desde el punto de vista político.

En todo caso, ha sido la organización política de la lugarización, la que precisamente y sin duda, ha sido la característica fundamental del mapa municipal de Europa durante los últimos 200 años; es esa lugarización la que justifica los más de dos mil municipios de Castilla y León; y es esa abundancia de Municipios, incluso, lo que permite incluso racionalizarlos, por lo que algunos de los países europeos se han dado el lujo de reducirlos. En esto, por ejemplo, en las últimas décadas la vanguardia la lleva Suecia: de los 2500 municipios que tenía en 1943 pasó a 800 en 1952, y a 278 en 1974. Pero en nuestros países iberoamericanos, donde al contrario tenemos que multiplicar las autoridades locales, una política de reducción como esta no sería otra cosa que un verdadero “genocidio municipal”, como acertadamente Jaime Castro calificó el intento que se hizo en Colombia, en 2001, con el Proyecto de Ley 041/01, que proponía la desaparición de materialmente la mitad de los 1067 municipios colombianos, aquellos que tenían menos de 14.000 habitantes, advirtiendo entre otras cosas, que en Colombia “los municipios son el Estado -la única presencia del Estado- en extensas y abandonadas regiones del país”, por lo que lo que habría que hacer, al contrario, es “fortalecer y transformar el pequeño municipio para convertirlo en herramienta eficaz de una política de poblamiento territorial y de ocupación continua del espacio físico⁵⁸⁸”.

De allí la enorme revalorización que requiere en nuestros países el tema del pequeño municipio rural, como parte del proceso de descentralización político-territorial, para asegurar no sólo la presencia del Estado en el territorio, sino para hacer posible la participación democrática, partiendo de la necesaria diversidad que deben tener las entidades locales; es decir, todo lo contrario al uniformismo organizacional.

Ese nuevo “Municipio Lugarizado”, como lo ha advertido Fortunato González Cruz, también profesor de derecho administrativo y ex Alcalde de Mérida, Venezue-

587 Francisco González Cruz, *Globalización y Lugarización*, Universidad Valle del Momboy, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales, Universidad de los Andes, La Quebrada, 2001.

588 Jaime Castro, *La cuestión territorial*, Editorial Oveja Negra, Bogotá 2003, pp. 136-137.

la, debe ser apropiado a la realidad social y espacial que representa, con una organización municipal “heterogénea, adaptada a las necesidades de cada comunidad” y que de origen a la necesaria diversidad municipal en el territorio, debe además tender a ser un “Municipio sostenible por la propia economía local, de manera que su estructura burocrática y sus gastos ordinarios de administración sean pagadas con ingresos propios”⁵⁸⁹.

589 Fortunato González, *Un Nuevo Municipio para Venezuela*, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales, Universidad de los Andes, Mérida, 1998, p. 89

§10. PROBLEMAS DE LA DESCENTRALIZACIÓN EN LA FEDERACIÓN VENEZOLANA. CONTRASTE CON LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DE COMPETENCIAS EN EL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN EN EL PERÚ*

(Lima, Perú, septiembre 2005)

I. LA FEDERACIÓN CENTRALIZADA EN VENEZUELA: UNA CONTRADICCIÓN CONSTITUCIONAL

La Federación venezolana actual, a pesar de la larga tradición federalista del país, no puede considerarse como un buen ejemplo de un sistema “federal descentralizado”, con mecanismos efectivos para el desarrollo de políticas subnacionales o estatales llevadas a cabo por Estados autónomos en un marco constitucional estatal (sub nacional) sustantivo⁵⁹⁰. Al contrario, está concebida contradictoriamente, pues el Estado se declara como una “Federación descentralizada” (art. 4), pero el marco constitucional que lo envuelve es un esquema centralizado y centralizante. Por ello, incluso, se ha llegado a afirmar contra toda lógica, que el proceso de descentralización en Venezuela, está concebido como una “descentralización centralizada”⁵⁹¹.

Ello, por supuesto, no es nada nuevo. Durante el siglo pasado la Federación en Venezuela fue progresivamente centralizada, debilitándose consecuentemente la propia democracia, y minimizándose el rol de los Estados en el desarrollo de políticas públicas⁵⁹². Este proceso de centralización, que se intentó revertir con las reformas descentralizadoras de posteriores, lamentablemente puede decirse que se ha completado con la Constitución de 1999⁵⁹³.

* Documento preparado para el *Seminario “Hacia la reforma de la Administración Pública: La descentralización del Estado Peruano”*, Instituto desarrollo y descentralización; Balladares & De la Piniella, Círculo de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, septiembre 2005.

590 V. Allan R. Brewer-Carías, “Algunos problemas de las Constituciones estatales (Constituciones subnacionales) en la Federación venezolana” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitución, Democracia y Control del Poder*, Mérida, Universidad de Los Andes, 2004, pp. 145-156.

591 V. las declaraciones del diputado a la Asamblea Nacional, Darío Vivas, dadas en entrevista a la periodista Ascensión Reyes R., en la cual se lee: “Darío Vivas, dirigente del MVR y corredactor de la Ley del Poder Público Municipal, asume que la descentralización que está consagrada en la Constitución es ‘descentralización centralizada’ (sic)”. Y con esta dicotomía, que suena contradictoria, busca explicar los nuevos paradigmas del Gobierno”, en el reportaje “Revertir la descentralización viola cinco artículos de la Constitución”, *El Nacional*, Caracas, 4 de septiembre de 2005, p. A-4.

592 V. Allan R. Brewer-Carías, “El ‘Estado Federal descentralizado’ y la centralización de la Federación en Venezuela (Situación y perspectiva de una contradicción constitucional)”, en *Federalismo y Regionalismo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 717 a 750; y en Allan R. Brewer-Carías, *Constitución, democracia y control del poder*, Mérida 2004, pp. 111-143 y en *Revista de Estudios de la Administración Local*, n° 292-293, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003, pp. 11-43.

593 V. lo que hemos expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999 (Una reforma Insuficiente y regresiva)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001; *id.* *La*

Pero ello no siempre ha sido así: Durante el Siglo XIX el país tuvo un importante sistema de gobierno descentralizado, habiendo experimentado sucesivamente en su evolución política, el movimiento pendular provocado por las fuerzas políticas centrípetas y centrífugas, las cuales en la historia del país han originado gobiernos más o menos centralizados.

1. Algunos aspectos históricos del desarrollo de la Federación en Venezuela

La primera Constitución de un Estado latinoamericano independiente fue la Constitución Federal de los Estados de Venezuela sancionada el 21 de diciembre de 1811⁵⁹⁴ por el Congreso General de las Provincias que venían de declararse independientes; mediante la cual se adoptó en el país la forma federal del Estado, sin duda, bajo la influencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. En ese momento, la Federación era el único mecanismo constitucional del que disponían los fundadores de la República para configurar el nuevo Estado, mediante la integración de siete antiguas Provincias coloniales que nunca antes, en particular antes de 1777, habían estado unidas⁵⁹⁵. Por tanto, puede decirse que Venezuela fue el segundo país en la historia del constitucionalismo moderno en haber adoptado la forma federal del Estado, habiendo sido el federalismo un aspecto importante de nuestro constitucionalismo.

Después de los interminables conflictos y guerras civiles que marcaron la historia del país durante el Siglo XIX, provocadas por la permanente lucha entre los caudillos regionales y el recién instalado y débil gobierno central en formación, hacia finales de dicho Siglo, la forma federal del Estado comenzó a ser limitada.

Ello fue consecuencia de las tendencias centralizadoras que se derivaron de la consolidación tardía del Estado Nacional, reforzadas particularmente durante la primera mitad del Siglo XX por los gobiernos autocráticos que se instalaron en el país, administradores únicos de la naciente riqueza petrolera, las cuales se manifestaron particularmente en los aspectos militar, administrativo, impositivo y legislativo. Estas tendencias centralizadoras provocaron la casi desaparición de la distribu-

Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano, t. I, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 263-436; *id.*, “La descentralización política en la Constitución de 1999: Federalismo y Municipalismo (una reforma insuficiente y regresiva)”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n° 138, Año LXVIII, Caracas, 2002, pp. 313-359; y en Provincia. *Revista Venezolana de Estudios Territoriales*, II etapa, n° 7, Mérida, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales (CIEPROL) y Universidad de los Andes, 2001, pp. 7-92.

594 V. el texto de esta Constitución y de todas las otras citadas en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1997.

595 Esta Constitución Federal de los Estados de Venezuela de 1811, incluso, fue sancionada antes que la Constitución de Cádiz (1812), cuyo texto no tuvo influencia en los inicios del constitucionalismo venezolano. V. Allan R. Brewer-Carías, “El paralelismo entre el constitucionalismo venezolano y el constitucionalismo de Cádiz (o cómo el de Cádiz no influyó en el venezolano)” en *La Constitución de Cádiz. Hacia los orígenes del Constitucionalismo Iberoamericano y Latino*, Unión Latina y Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 223-331.

ción territorial del Poder Público y de las efectivas autonomías territoriales de los 20 Estados y el Distrito Federal que conformaban la organización federal del Estado⁵⁹⁶.

El proceso de democratización del país, por otra parte, en realidad sólo comenzó a producirse a partir de la segunda mitad del Siglo XX, particularmente después de la sanción de la Constitución de 1961, en la cual si bien se conservó la forma federal del Estado, ello fue con la regulación de autoridades nacionales altamente centralizadas, incorporándose sin embargo como *desideratum* al texto constitucional, la política de descentralización⁵⁹⁷.

Precisamente debido a la progresiva democratización del país y conforme a las expresas previsiones constitucionales, en 1989 se comenzó un proceso de descentralización política, mediante la transferencia de competencias y servicios desde los niveles nacionales de gobierno hacia los Estados. Incluso, entre 1993 y 1994, se designó un Ministro para la Descentralización como miembro del Consejo de Ministros a los efectos de conducir y reforzar dicho proceso⁵⁹⁸. También en 1989, por primera vez desde el Siglo XIX, se produjo la elección por sufragio universal, directo y secreto de los Gobernadores de Estado, con lo que la vida política regional comenzó a jugar un papel importante en el país⁵⁹⁹.

La crisis del sistema de Estado de partidos⁶⁰⁰ que estalló en la década de los noventa, condujo al proceso constituyente de 1999, con importantes y radicales cambios políticos, entre ellos, el abandono de los esfuerzos por descentralizar el poder que se habían venido realizando. La Asamblea Nacional Constituyente electa en 1999 se convirtió en el principal instrumento del recién electo Presidente de la República (1998), Hugo Chávez Frías -un Teniente Coronel retirado- que había liderizado un intento de golpe de Estado militar en 1992- para apoderarse de todas las ramas del Poder Público y reforzar la centralización de la Federación⁶⁰¹. De hecho, la Asamblea Nacional Constituyente fue electa en julio de 1999, integrada por 131 miembros, 125 de los cuales fueron ciegos seguidores del Presidente de la Repúbli-

596 V. Allan R. Brewer-Carías, *El desarrollo institucional del Estado centralizado en Venezuela (1899-1935) y sus proyecciones contemporáneas*, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 1988, 48 pp; publicado también en *Revista Paramillo*, Universidad Católica del Táchira, n° 7, San Cristóbal, 1988, pp. 439-480; en *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n° 227 y n° 228, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1985, pp. 487-514 y pp. 695-726, respectivamente.

597 V. Allan R. Brewer-Carías, "El proceso de descentralización política en América Latina" en Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la organización territorial del Estado en Venezuela y en la América Colonial*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, pp. 109-146; y "La descentralización de la Federación Venezolana", *Idem.*, pp.181-202.

598 V. *Informe sobre la descentralización en Venezuela (1993)*, Memoria de Allan R. Brewer-Carías, Ministro de Estado para la descentralización, Caracas, 1994.

599 V. Allan R. Brewer-Carías, "Bases legislativas para la descentralización política de la federación (1990: El inicio de la reforma)" en Allan R. Brewer Carías, et ál, *Leyes y Reglamentos para la descentralización política de la Federación*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, pp. 7-53.

600 V. Allan R. Brewer-Carías, *Problemas del Estado de partidos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, 340 pp.

601 V. 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*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 243-253.

ca, y sólo cuatro voces disidentes se pudieron oír durante los seis meses de su funcionamiento; ciertamente, una “oposición” muy precaria.

Desafortunadamente, el proceso constituyente de 1999 no fue concebido como un instrumento para la conciliación con vistas a la reconstrucción del sistema democrático, para asegurar su gobernabilidad efectiva, pues ello hubiera requerido el compromiso político de todos los componentes de la sociedad y del liderazgo político, así como la participación de todos sus sectores en el diseño de una nueva forma de funcionamiento de la democracia, lo cual no ocurrió. El proceso constituyente, al contrario, sirvió para lo antes mencionado, es decir, para facilitar el total apoderamiento de todas las ramas del Poder Público por el nuevo grupo político que se formó en torno al nuevo Presidente, que aplastó no sólo a los otros grupos y partidos políticos, sino a la autonomía de los Estados de la federación.

Como consecuencia de ello, casi todas las oportunidades de inclusión y participación política fueron reducidas, y el proceso constituyente se convirtió en un interminable *coup d'état*. Ello ocurrió a partir del momento en el cual la Asamblea Constituyente comenzó a violar la entonces vigente Constitución de 1961, mediante la intervención y asunción de todas las ramas del Poder Público e, incluso, interviniendo los Estados de la Federación, para lo cual no había sido autorizada en el referendo de abril de 1999 que le había dado existencia⁶⁰².

Este ilegítimo proceso fue seguido por el de la violación de la nueva Constitución después de su aprobación por referendo el 15 de diciembre de 1999, cuando la misma Asamblea Nacional Constituyente -que ya había cumplido su cometido- sancionó un “Régimen de Transición de los Poderes Públicos” cuyo texto no fue sometido a la aprobación popular por referendo⁶⁰³. Esa situación ha continuado posteriormente -el de la transitoriedad constitucional- afectando seriamente la separación de poderes y “permitiendo” a la Asamblea Nacional electa en 2000 incluso legislar fuera del marco constitucional, con el lamentable aval de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

La nueva Constitución de 1999, por otra parte, carecía de las previsiones necesarias para que el país pudiera asumir los cambios democráticos que eran necesarios, particularmente a través de la efectiva descentralización política de la Federación y el reforzamiento de los poderes de los Estados y Municipios⁶⁰⁴. La Constitución de 1999 en realidad, continuó con los mismos principios centralizadores que tenía la Constitución precedente, en algunos casos centralizando aún más ciertos aspectos.

602 V. Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

603 V. los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, t. II, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 1.103 y ss.

604 V. Allan R. Brewer-Carías, “La opción entre democracia y autoritarismo” en Allan R. Brewer-Carías, en *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, cit., pp. 41-60; “Democratización, descentralización política y reforma del Estado”, *Idem*, pp.105-126; *id.*, “El Municipio, la descentralización política y la democracia”, *Ibidem*, pp. 127-142; *id.*, “El Municipio, la descentralización política y la democracia” en *XXV Congreso Iberoamericano de Municipios*, Guadalajara, Jalisco, México, 23 al 26 de octubre del 2001, México 2003, pp. 53-61; *id.*, “Democracia municipal, descentralización y desarrollo local”, *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, nº 11, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2003, pp. 11-34.

Si bien es cierto que la Constitución define el proceso de descentralización como una política nacional para perfeccionar la democracia (Artículo 158), podemos observar que en contraste, las políticas públicas desarrolladas durante los últimos cuatro años pueden caracterizarse como una progresiva centralización gubernamental, sin un real desarrollo de los gobiernos locales. En consecuencia, en Venezuela, el federalismo ha quedado pospuesto y la democracia debilitada.

2. Las provisiones constitucionales relativas a la Federación en la Constitución de 1999

Una federación, ante todo, es una forma de Estado en la cual el Poder Público está distribuido territorialmente entre diversos niveles de gobierno con instituciones políticas autónomas. Por ello es que en principio, la federación y la descentralización política son conceptos íntimamente relacionados, siendo la descentralización el más efectivo instrumento no sólo para garantizar los derechos individuales y sociales, sino para permitir la efectiva participación de los ciudadanos en el proceso político. En este contexto, la relación entre gobiernos locales y la población es esencial. Por ello, en general puede decirse que las fuertes tendencias centralizadoras de los últimos años en Venezuela, son contrarias a la gobernabilidad democrática y a la participación política.

De acuerdo con el artículo 4 de la Constitución de 1999, la República de Venezuela formalmente se la define como un “Estado federal descentralizado” en los términos indicados en la misma Constitución, conforme a los principios de integridad territorial, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad. Sin embargo, los términos definidos en la Constitución son centralizadores, por lo que el país continúa siendo una “Federación Centralizada”, lo que sin duda constituye una contradicción.

El artículo 136 de la Constitución establece que el Poder Público se distribuye entre los Municipios, los Estados y la República, estableciendo una Federación a tres niveles de gobierno y autonomía política: el Poder Nacional, que se ejerce por los órganos de la República (nivel federal); el Poder Estatal, que se ejerce por los órganos de los 23 Estados y el Distrito Capital; y el Poder Municipal que se ejerce por los órganos de los 338 Municipios existentes. En cada uno de esos niveles, conforme a la Constitución, los gobiernos deben ser siempre democráticos, participativos, electivos, descentralizados, alternativos, responsables, plurales y de mandatos revocables (Artículo 6).

El Distrito Capital sustituyó al antiguo Distrito Federal (establecido desde 1863), eliminándose todo tipo de intervención o ingerencia del nivel federal en las autoridades del Distrito Capital.

La organización de las instituciones políticas en cada nivel territorial está condicionada por el principio de la separación orgánica de poderes, aún cuando con diferente alcance. En el nivel nacional, en el marco de un sistema presidencial de gobierno, el Poder Público Nacional está dividido entre los Poderes “Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral” (Artículo 136). La Constitución de 1999, por tanto, superó la clásica división tripartita del Poder Público, agregando los Poderes Ciudadano (Ministerio Público, Contraloría General y Defensor del Pueblo) y

Electoral (Consejo Nacional Electoral). Las ramas Judicial y Electoral están reservadas al nivel nacional (federal).

Debe destacarse en relación con el Poder Legislativo, que la Constitución de 1999 estableció una Asamblea Nacional unicameral, eliminando la larga tradición de bicameralismo, específicamente eliminando al Senado. En consecuencia, Venezuela se ha convertido en un raro Estado federal sin “cámara federal” o senado, que es donde los Estados, a través de sus representantes, pueden en definitiva ser iguales (igualdad de voto). Por tanto, en la Asamblea Nacional, al contrario, no hay representantes de los Estados y sus miembros solo son, en general, representantes de los ciudadanos y de los Estados en su conjunto, sin que puedan teóricamente estar sujetos a mandatos e instrucciones, debiendo votar sólo conforme a los dictados de su conciencia (Artículo 201). Ello eliminó efectivamente todo vestigio de representación territorial.

La Constitución estableció también que cada Estado tiene un Gobernador que debe ser electo mediante sufragio universal, directo y secreto (Artículo 160), y un Consejo Legislativo compuesto por representantes electos de acuerdo con el principio de representación proporcional (Artículo 162).

Corresponde a los Consejos Legislativos de los Estados dictar su propia Constitución para organizar sus Poderes Públicos conforme a las disposiciones de la Constitución nacional, la cual garantiza la autonomía de los Estados (Artículo 159). Es decir que, en principio, las ramas Ejecutiva y Legislativa del Poder Público Estatal deben estar reguladas en las Constituciones estatales, al igual que el Contralor General de los Estados.

Por otra parte, a pesar de las estipulaciones de la Constitución Nacional en relación con las Constituciones de los Estados, en el sentido que deben estar destinadas sólo a regular la organización y funcionamiento de sus Poderes Públicos, debe mencionarse que en todas las Constituciones de los Estados (Sub nacionales), adicionalmente a su parte orgánica, se ha incorporado una parte dogmática regulándose los derechos individuales, sociales y económicos.

Por otra parte, en general, todas las Constituciones estatales, además, se pueden reformar o enmendar por los Consejos Legislativos de los Estados, mediante votaciones con mayoría específica diferente a la requerida para la reforma de la legislación ordinaria.

3. Los límites al contenido de las Constituciones estatales

Como se ha indicado, en principio, cada Estado tiene poderes constitucionales para sancionar su propia Constitución a los efectos de organizar sus Poderes Públicos, es decir, su Poder Ejecutivo, su Poder Legislativo y, adicionalmente, sus propios órganos de control fiscal.

En lo que se refiere a los derechos individuales, sociales y económicos, como se indicó, todas las Constituciones de los Estados tienen regulaciones específicas sobre ellos, pero en general repiten lo que está ya regulado en la Constitución nacional. Esta tiene una extensísima regulación relativa a los derechos humanos protegibles (civiles, políticos, sociales, educacionales, culturales, económicos, ambientales y de los pueblos indígenas), agregando incluso la protección de los derechos no enume-

rados en el Texto que sean inherentes a la persona humana, dejando muy poco campo para regulaciones adicionales o innovadoras para las Constituciones estatales. De igual modo, la Constitución nacional también constitucionalizó los derechos enumerados en los Tratados internacionales sobre derechos humanos, cuyas normas no sólo tienen rango constitucional sino rango *supra* constitucional en el sentido que prevalecen cuando establezcan regulaciones más favorables al ejercicio y goce de los derechos.

Pero en relación con las regulaciones relativas a la organización y funcionamiento de las ramas estatales del Poder Público, el ámbito de los poderes de los Estados también ha sido seriamente limitado en la Constitución de 1999. Ante todo debe observarse que en Venezuela, desde 1945 el Poder Judicial ha sido reservado al nivel nacional, particularmente debido a que la legislación y los Códigos más importantes (Civil, Penal, Comercio, Trabajo y Procedimientos) son de carácter nacional. En consecuencia, siendo todos los tribunales de carácter nacional (federal), no queda materia alguna en estos aspectos sobre las cuales las Constituciones de los Estados puedan establecer regulaciones.

En lo que se refiere al control judicial de la constitucionalidad, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, es el órgano constitucional con poderes para anular con efectos *erga omnes* (art. 336) todas las leyes (nacionales, estatales y municipales), incluyendo las Constituciones de los Estados, cuando vulneren la Constitución. Este control concentrado de la constitucionalidad (modelo europeo) se combina con el método difuso de control (modelo americano), conforme al cual todos los jueces tienen potestad para declarar la inconstitucionalidad de una norma (nacional, estatal o municipal) al resolver un caso concreto, aplicando preferentemente la Constitución y desaplicando la ley, con efectos *inter partes*. En estos casos, sin embargo, un recurso extraordinario de revisión puede interponerse ante la Sala Constitucional, la cual puede establecer interpretaciones constitucionales vinculantes (principio *stare decisis*) (art. 334 y 335).

En relación con los Consejos Legislativos de los Estados, la Constitución de 1999, también por primera vez en la historia del federalismo venezolano, estableció que la organización y funcionamiento de los Consejos Legislativos estatales debe ser regulada en una ley orgánica nacional (Artículo 162); en una manifestación de centralismo nunca antes conocida.

De acuerdo con esa autorización constitucional, en 2001 la Asamblea Nacional sancionó una Ley Orgánica sobre los Consejos Legislativos de los Estados⁶⁰⁵ en la cual se establecieron detalladas regulaciones en relación no sólo con la organización y funcionamiento de los Consejos (como lo autoriza la Constitución nacional), sino que también sobre sus miembros (legisladores) y sus competencias así como las reglas generales del procedimiento de formación de las leyes. Con estas regulaciones nacionales, el contenido efectivo de las Constituciones de los Estados en relación con los Consejos Legislativos, ha sido vaciado, quedando limitadas materialmente a repetir lo que ya está regulado en la antes mencionada ley orgánica nacional.

605 Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados (Ley nº 33), *Gaceta Oficial* nº 37.282 de 13-09-2001.

Por otra parte, la posibilidad de organizar el Poder Ejecutivo en los Estados también ha sido limitada por la Constitución de 1999, la cual ha establecido las reglas y normas básicas en relación con los Gobernadores como jefes del Ejecutivo estatal. La Constitución nacional, además, ha regulado extensivamente las reglas generales relativas a la Administración Pública (nacional, estatal y municipal), a la función pública, a los procedimientos administrativos y a la contratación administrativa. Todas estas normas han sido desarrolladas en 2001 en la Ley Orgánica de la Administración Pública y en la Ley Orgánica sobre el Estatuto de la Función Pública⁶⁰⁶. En consecuencia, en estos aspectos, las Constituciones de los Estados también han sido vaciadas de contenido real, de manera que sus normas sólo tienden a repetir lo que ya está establecido en las leyes orgánicas nacionales.

Finalmente, en relación con otros órganos estatales, la Asamblea nacional sancionó una Ley sobre el nombramiento y remisión de los Contralores Generales de los Estados⁶⁰⁷, limitando en consecuencia, pero en este caso sin autorización constitucional, los poderes de los Consejos Legislativos de los Estados para regular tal materia. También debe destacarse que la intervención nacional en relación con el contenido de las Constituciones de los Estados sobre sus propios órganos, ha sido completada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual durante los últimos años (2001-2002) ha anulado normas de Constituciones de tres Estados que han creado órganos de defensa de sus ciudadanos o de los derechos de estos, bajo el argumento de que se trata de una materia reservada al Poder Nacional (federal)⁶⁰⁸.

Como se ha mencionado, la Constitución nacional establece tres niveles de gobierno y autonomía territorial y de distribución del Poder Público, regulando directamente el régimen municipal en forma por demás extensa. En esta materia, las Constituciones de los Estados y las leyes que dicten los Consejos Legislativos solo podrían reglar el régimen municipal conforme a lo establecido no sólo en la Constitución nacional, sino en la Ley Orgánica nacional del Poder Público Municipal, de cuyas normas queda muy poco espacio para la innovación a nivel estatal, incluso hasta para regular las necesarias diferencias de regímenes de gobierno local debido a las peculiaridades territoriales y de desarrollo de cada Estado⁶⁰⁹.

En consecuencia, no teniendo los Consejos Legislativos de los Estados posibilidad alguna de efectivamente regular aspectos sustantivos relativos a los derechos civiles, económicos, sociales, culturales, ambientales o políticos; y habiendo sido limitadas sus competencias para regular sus propios Poderes Públicos (Ejecutivo y Legislativo) así como sus otros órganos del Poder Público estatal (Contraloría General y

606 Ley Orgánica de la Administración Pública (Ley nº 40), *Gaceta Oficial* nº 37.305 del 17 de octubre de 2001; Ley del Estatuto de la Función Pública, *Gaceta Oficial* nº 37.522 de 06-09-2002.

607 Ley para la Designación y Destitución del Contralor o Contralora del Estado (Ley nº 37), *Gaceta Oficial* nº 37.304 de 16-10-2001.

608 La Sala Constitucional, en sentencia 1182 de 11 de octubre de 2000 anuló las normas de la Constitución del Estado Mérida que había creado la figura del "Defensor de los Derechos"; *V. en Revista de Derecho Público*, nº 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 177 y ss; y en sentencia nº 1395 de 7 de agosto de 2001 anuló las normas de la Constitución del Estado Aragua que había creado la figura del "Defensor del Pueblo de Aragua"; *V. en Revista de Derecho Público*, nº 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 192 y ss.

609 Ley Orgánica del Poder Público Municipal, *Gaceta Oficial* nº 38.204 del 08-06-2005.

Defensor de los ciudadanos), entonces a las Constituciones estatales (Sub nacionales) les ha sido dejado muy poco espacio regulatorio, por lo que las mismas, en definitiva, lo que hacen es repetir lo ya regulado en la Constitución nacional y en las antes mencionadas leyes orgánicas.

4. El sistema constitucional de distribución de poderes entre los tres niveles de gobierno: nacional, estatal y municipal

La Constitución de 1999, ciertamente establece una enumeración de materias cuya competencia se atribuye en forma exclusiva al Poder Nacional (Artículo 156), al Poder Estatal (Artículo 154) y al Poder Municipal (Artículo 178); pero en estas regulaciones las materias de competencia exclusiva están en su mayoría reservadas al Poder Nacional y al Poder Municipal, y muy pocas están atribuidas a la competencia del Poder Estatal⁶¹⁰.

De acuerdo con el artículo 156 de la Constitución, en efecto, el Poder Nacional tiene competencia exclusiva, por ejemplo, en las siguientes materias: relaciones internacionales, seguridad y defensa, nacionalidad y extranjería, policía nacional, régimen general de la economía, minas e hidrocarburos, políticas nacionales y regulaciones generales en materia de educación, salud, medio ambiente, ordenación del territorio, transporte, producción agropecuaria, correos y telecomunicaciones. La administración de justicia, como se dijo, también es una competencia exclusiva del Poder Nacional (Artículo 156.31).

En relación con el régimen local, el Artículo 178 de la Constitución le atribuye a los Municipios competencia, por ejemplo, en materias como ordenación urbanística, vivienda, vialidad y transporte urbano, publicidad comercial, medio ambiente urbano, servicios públicos domiciliarios (electricidad, agua, aseo urbano), servicios básicos de educación, salud y policía municipal. Algunas de estas materias son de la competencia exclusiva de los Municipios y otras de carácter concurrente. Como se indicó, la autonomía de los Municipios se consagra expresamente en la Constitución, pero sin garantía real alguna ya que se dispone que pueda ser limitada, no sólo por lo que la Constitución misma establece, sino por lo que se disponga en la ley nacional (Artículo 168)

Pero en relación con las competencias estatales, la Constitución nacional no establece efectivamente una enumeración de materias sustantivas que serían de la competencia exclusiva de los Estados, constituyendo las que enumera competencias en cuestiones formales y de procedimiento. Adicionalmente las pocas competencias enumeradas relativas a materias sustantivas, lo son con carácter concurrente, por ejemplo en relación con la organización municipal, las explotaciones de minerales no metálicos, policía, vialidad estatal y administración de la infraestructura nacional de transporte (aeropuertos comerciales y puertos nacionales (Artículo 164). Por otra parte, como se ha indicado, la posibilidad para los Consejos legislativos de regular el

610 V. Allan R. Brewer-Carías, "La distribución territorial de competencias en la Federación venezolana", *Revista de Estudios de Administración Local. Homenaje a Sebastián Martín Retortillo*, nº 291, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003, pp. 163-200.

régimen municipal en sus propios territorios ha sido muy limitada, al estar sujetas a lo que se establece en la Ley Orgánica de Régimen Municipal nacional.

Los Consejos Legislativos estatales, sin duda, pueden dictar leyes relativas a las materias de su competencia (Artículo 162), pero tratándose en su mayoría de materias de competencia concurrentes, de acuerdo con la Constitución nacional su regulación por los Estados depende de las regulaciones que previamente tiene que adoptar el Poder Nacional (leyes de base), lo que significa que en definitiva las competencias legislativas de los Estados están muy limitadas. En esta materia, la Constitución de 1999 hizo muy poco por detener la tendencia centralista del país, y más bien, ha contribuido a intensificar la centralización.

Como antes se mencionó, la Constitución nacional ha limitado la posibilidad de los Estados de regular las materias de la competencia concurrente, que eran las que tradicionalmente habían dado a los Estados posibilidades reales de regulación, al establecer que su ejercicio está sujeto a lo que previamente determine la Asamblea Nacional en las “leyes de bases” que debe dictar. De ello resulta que los Consejos legislativos estatales sólo pueden dictar leyes en esas materias después que se dicten las leyes nacionales (Artículo 165); y en todo caso, dispone la Constitución, que la legislación que puedan dictar los Estados relativa a las materias de competencia concurrentes deben seguir los principios de interdependencia, coordinación, cooperación, co-responsabilidad y subsidiariedad (Artículo 165).

Por otra parte, en relación con las competencias residuales que tradicionalmente se habían atribuido a los Estados en las Constituciones precedentes y en toda federación, la Constitución de 1999 ha limitado el ámbito de las que corresponden a los Estados al establecer expresamente, por primera vez en la historia del federalismo venezolano, una competencia residual paralela y prevalente a favor del Poder Nacional en materia de impuestos no atribuidos expresamente a los Estados y a los municipios (Artículo 156.12).

Por último, debe mencionarse que la Constitución de 1999, siguiendo la orientación de la Constitución de 1961, ha previsto la posibilidad de que se descentralicen competencias nacionales y se transfieran a los Estados, lo que se ha regulado en la Ley Orgánica de descentralización, delimitación y transferencia de competencias del Poder Público (LOD) de 1989⁶¹¹. Sin embargo, aún cuando entre 1990 y 1994 se realizaron importantes esfuerzos por descentralizar competencias hacia los Estados y revertir las tendencias centralizadoras que habían dominado el desarrollo político del país⁶¹², desafortunadamente dicho proceso fue abandonado, y a partir de 2003 las transferencias de competencias que se habían efectuado, por ejemplo en materia de salud, han comenzado a ser revertidas.

611 Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de competencias del Poder Público, *Gaceta Oficial* n° 37.753 de 14-08-2003. V. Allan R. Brewer-Carías et ál., *Leyes y Reglamentos para la descentralización política de la Federación*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994.

612 *Informe sobre la descentralización en Venezuela (1993)*, Memoria de Allan R. Brewer-Carías, Ministro de Estado para la descentralización, Caracas, 1994.

5. El financiamiento de la Federación

Debe hacerse mención, por último, al régimen constitucional relativo al financiamiento de la federación. En esta materia, y particularmente en materia impositiva, puede decirse que la Constitución nacional ha acentuado las tendencias centralizadoras, habiéndose eliminado materialmente toda competencia estatal en la misma.

En efecto, la Constitución nacional no sólo enumera las competencias nacionales en materia impositiva (impuesto sobre la renta, sobre herencias y sobre donaciones; impuestos al capital y a la producción, impuestos al valor agregado, impuestos sobre hidrocarburos y minas, impuestos a la importación y exportación de bienes y servicios, e impuestos sobre el consumo de licores, alcoholes, cigarrillos y tabaco) (Artículo 156.12), y atribuye expresamente a los Municipios competencias en relación con los impuestos locales (impuestos sobre la propiedad inmueble urbana, sobre industria y comercio, sobre espectáculos públicos y sobre vehículos) (Artículo 179), sino que además, como antes se dijo, otorga al Poder Nacional una competencia residual general en materia impositiva (Artículo 156.12). En contraste, la Constitución no otorga a los Estados competencia alguna en materia impositiva, salvo por lo que se refiere a los timbres y estampillas fiscales y papel sellado (Artículo 164.7). En consecuencia, los Estados sólo podrán recaudar impuestos cuando la Asamblea Nacional así lo disponga transfiriéndoles competencias nacionales mediante ley (Artículo 167.5), lo cual aún no ha ocurrido.

Al no tener los Estados sus propias fuentes de financiamiento, su funcionamiento fiscal depende completamente de transferencias financieras de recursos nacionales a través de tres mecanismos. En primer lugar, mediante el denominado Situado Constitucional, que es la partida presupuestaria que debe estar en la Ley anual de Presupuesto nacional equivalente a un mínimo del 15% y un máximo del 20% del total de los ingresos nacionales ordinarios anualmente estimados (Artículo 167.4). Dicho monto debe distribuirse entre los Estados, entre otros factores, de acuerdo con su población. En segundo lugar, de acuerdo con la Constitución, mediante ley nacional se ha establecido un sistema de asignaciones económicas especiales a favor de los Estados en cuyos territorios se efectúen explotaciones mineras y de hidrocarburos, las cuales se han extendido igualmente a los otros Estados (Artículo 156.16). En tercer lugar, el financiamiento de los Estados y Municipios también se ha efectuado con fondos provenientes del Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES)⁶¹³ establecido en 1993 con ocasión de la sanción de la Ley sobre el Impuesto al Valor Agregado, el cual, conforme a la Constitución, debe ser sustituido por un Fondo de Compensación Territorial (Artículo 167.6), aún no establecido. Y en cuarto lugar, otra fuente de financiamiento a los Estados ha provenido de la Ley de Asignaciones Económicas Especiales para los Estados Derivadas de Minas e Hidrocarburos⁶¹⁴, dictada en ejecución de lo dispuesto en el artículo 156.16 de la Constitución.

Por lo demás, y siguiendo una larga tradición constitucional, en Venezuela los Estados y Municipios no pueden contraer deuda pública salvo si son autorizados especialmente en cada operación por una ley nacional.

613 V. en *Gaceta Oficial* n° 37.022 de 25 de agosto de 2000.

614 V. en *Gaceta Oficial* n° 37.086 del 27 de noviembre de 2000.

6. El precario ámbito de las competencias estatales⁶¹⁵ cuyo ejercicio se sujeta a lo que disponga la legislación nacional

Conforme a la tradición constitucional venezolana, como se ha dicho, la Constitución de 1999 conservó nominalmente la organización del Estado con forma federal, mediante un sistema de distribución del poder público en tres niveles: nacional, estatal y municipal, atribuyendo su ejercicio a diversos órganos, y asignando como se ha descrito anteriormente, competencias *exclusivas* en los tres niveles, además de las competencias *concurrentes* entre ellos, y algunas competencias *residuales* y otras *implícitas*.

La reforma constitucional de 1999, cuyo objetivo final debió haber sido perfeccionar la democracia mediante el reforzamiento de la descentralización de la Federación, debió haber revertido la tendencia histórica de los últimos 150 años de reducción y vaciamiento de las competencias de los estados y, por tanto, asignar más competencias exclusivas a los estados acordes con las realidades contemporáneas. Una de las formas de fortalecer al poder nacional sin duda, era deslastrar a la República de competencias que bien y más eficientemente se pueden cumplir a nivel estatal, al cual también debían ir competencias que históricamente se habían atribuido a los municipios, las cuales, como estos debían haberse multiplicado con regímenes diferenciados más cerca del ciudadano y de las comunidades, debían ubicarse en el nivel intermedio (estadal) de la descentralización del poder. Sin embargo, en esta materia muy poco se varió del régimen constitucional de 1961, salvo para centralizar más competencias a nivel nacional. En cuanto a las competencias exclusivas de los estados, como se ha visto, éstas son precarias y su ejercicio está sometido a lo dispuesto en leyes nacionales; en cuanto a las competencias concurrentes, su ejercicio por los estados sólo podría realizarse si se dictan leyes nacionales; y en cuanto a las competencias residuales, las mismas no sólo se establecieron a favor de los estados sino también a favor del poder nacional, y las de los estados podrían ser reducidas mediante su asunción por los órganos nacionales en virtud de la interpretación de la cláusula de las competencias implícitas.

II. LAS COMPETENCIAS EXCLUSIVAS DE LOS ESTADOS EN VENEZUELA. CONTRASTE CON LAS COMPETENCIAS DE LOS GOBIERNOS REGIONALES EN EL PERÚ

1. Las precarias competencias exclusivas de los estados en Venezuela y su ejercicio conforme a la ley nacional

De acuerdo con la enumeración que hemos hecho precedentemente, si se analiza detenidamente el artículo 164 C., en contraste con el contenido de los artículos 156 (materias de la competencia del poder nacional) y 178 (materias de la competencia municipal), se puede constatar una precaria indicación de competencias que serían

⁶¹⁵ El empleo del venezolanismo “estadales” es deliberado, para distinguir lo que concierne a los Estados federados, frente al calificativo de “estatales” destinado a identificar lo que concierne al Estado federal o Central.

exclusivas de los estados, las cuales en general son sólo en forma parcial, pues su ejercicio debe realizarse con alguna sujeción a las regulaciones que dicten los órganos del poder nacional.

A. Las competencias de orden institucional

Desde el punto de vista institucional, se pueden identificar dos competencias exclusivas de los estados en cuanto a la organización de sus propios poderes públicos estatales y en cuanto a la organización de sus municipios.

a. *La supuesta competencia para la organización de los poderes públicos estatales*

Conforme a la Constitución, los estados tienen competencia “exclusiva” para organizar sus propios poderes públicos; competencia que sin embargo no es plena, pues ha sido vaciada de contenido por estar sujeta en una u otra forma a la legislación nacional.

En efecto el ordinal 1 del artículo 164 atribuye a los Estado, a través de sus consejos legislativos, la potestad de dictar la Constitución del Estado para organizar los poderes públicos. Este sería uno de los signos fundamentales de la autonomía de los estados, lo que debería implicar la potestad de regular la organización y funcionamiento de los órganos de los poderes legislativo (consejos legislativos) y ejecutivo (Gobernación y Administración Pública estatal) de cada Estado, así como de los otros órganos del poder público estatal como las contralorías de los estados. En cuanto al poder judicial, su organización y funcionamiento en Venezuela es de exclusiva competencia nacional.

Sin embargo, como se verá, la realidad constitucional es que las Constituciones de los estados materialmente dejaron de tener contenido propio, pues su parte orgánica, que es la única que en sentido estricto deberían tener (la parte dogmática de la Constitución sobre los derechos y garantías constitucionales es una competencia nacional), destinada a regular la organización y funcionamiento de los órganos estatales, en definitiva ha sido regulada por leyes nacionales, cuyo contenido es el que en una forma u otra se repite en los textos constitucionales estatales. Entonces, en cuanto a lo que en esta materia institucional sería de la competencia “exclusiva” de los estados, como se analizará más adelante al comentar la autonomía limitada de los mismos, la Constitución sujeta su ejercicio a la legislación nacional o directamente atribuye al poder nacional su regulación, como ocurre respecto de la organización y funcionamiento de los consejos legislativos estatales, respecto de la Administración Pública y de la función pública estatal y respecto de la designación de los Contralores de los estados.

b. *La organización de los municipios sujeta a la ley nacional*

El artículo 162 C. también atribuye a los estados, competencia “exclusiva” para organizar los municipios y demás entidades locales que se establezcan en el territorio de cada Estado así como su división política territorial, pero ello conforme a la Constitución y a la ley; y es el artículo 169 C., el que dispone que la organización de

los municipios y demás entidades locales se debe regir por la Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las *leyes orgánicas nacionales* y por las disposiciones legales que de conformidad con aquellas dicten los estados.

Se establece, así, un orden jerárquico de las fuentes legales que rigen respecto de la organización de los municipios conforme a lo cual las leyes estatales que se dicten en esta materia están sujetas a lo que establezca una ley orgánica nacional; e incluso, como antes se ha dicho, según el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, sólo después que se dictase la ley nacional es que los estados podían ejercer su competencia en relación con la organización de sus municipios.

Como se analizará detenidamente más adelante, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005 ha regulado lo fundamental de la organización municipal, dejando muy poco margen a los consejos legislativos estatales para legislar en la materia. Además, en lo que se refiere a la posibilidad de creación de nuevos municipios y de las parroquias y demás entidades locales como barrios, urbanizaciones caseríos y aldeas; los requisitos y limitantes dispuestos por la legislación nacional son de tal naturaleza, que materialmente la hacen casi imposible.

B. Las materias de la competencia exclusiva de los estados

La Constitución establece una larga enumeración de materias de la competencia exclusiva de los órganos del poder nacional (art. 156) y de los órganos del poder municipal (art. 178); en contraste con una exigua enumeración de materias que serían de la competencia exclusiva de los estados, enumeradas en el artículo 164 C., y relativas a los servicios públicos estatales, la policía estatal y la fijación del ámbito de la policía municipal; la explotación de algunos bienes y recursos; y la materia de infraestructura, básicamente vial y de transporte. El antecedente inmediato de esta enumeración, sin duda, está en la ley de Descentralización, delimitación y transferencia de competencias del poder público de 1989, la cual fue el instrumento legislativo que por primera vez dio aplicación al artículo 137 C. de 1961, equivalente al artículo 157 C de 1999, a cuyo efecto dispuso en el artículo 11 la transferencia a los estados, “la competencia exclusiva” en las siguientes materias:

1. La organización, recaudación, control y administración del ramo de papel sellado;
2. El régimen, administración y explotación de las piedras de construcción y de adorno o de cualquier otra especie, que no sean preciosas, el mármol, pórfido, caolín, magnesita, las arenas, pizarras, arcillas, calizas, yeso; puzolonas, turbas, de las sustancias terrosas, las salinas y los ostrales de perlas, así como la organización, recaudación y control de los impuestos respectivos. El ejercicio de esta competencia está sometido a la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio y a las leyes relacionadas con la protección del ambiente y de los recursos naturales renovables;
3. La conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras, puentes y autopistas en sus territorios. Cuando se trate de vías interestadales esta competencia se ejercerá mancomunadamente, a cuyos efectos se celebrarán los convenios respectivos;
4. La organización, recaudación, control y administración de los impuestos específicos al consumo, no reservados por Ley al Poder Nacional; y
5. La administración y mantenimiento de puertos y aeropuertos públicos de uso comercial.

La transferencia de estas competencias nacionales a los estados, para que fueran asumidas por éstos como “competencias exclusivas”, sin embargo, no se operó con la sola promulgación de la Ley Orgánica, pues el mismo artículo 11, en su párrafo único estableció que “hasta tanto los estados” asumieran estas competencias por ley especial, dictadas por los respectivos consejos legislativos (antes asambleas legislativas), se debía mantener vigente “el régimen legal existente en la actualidad” (dic. 1989)⁶¹⁶.

Por tanto, sólo cuándo cada estado estableciera, por ley especial, el régimen de ejercicio de estas competencias, la transferencia se produciría respecto a dicha entidad, lo que significó que el proceso de transferencia en definitiva dependió de las antiguas asambleas legislativas de los estados. Esto significó que la transferencia ni se produjo a la vez en todos los estados ni necesariamente se realizó en forma uniforme. En todo caso, con la promulgación de la Ley Orgánica puede decirse que se operó una modificación o mutación de la Constitución de 1961 en virtud de la expresa disposición del artículo 137, habiendo adquirido la Ley Orgánica en ese aspecto, rango constitucional, razón por la cual ese proceso de descentralización no podía revertirse ni centralizarse de nuevo las competencias, salvo mediante una enmienda constitucional⁶¹⁷. En todo caso, la Constitución de 1999 en términos generales, constitucionalizó las transferencias, aún cuando con competencias exclusivas parciales, pues en muchos aspectos de las mismas materias, se asignan competencias a otros órganos del poder público.

a. *Las competencias en materia de servicios públicos*

El artículo 164.8 C. atribuye a los estados competencia “exclusiva” en materia de “creación, régimen y organización de los servicios públicos estatales”. Sin embargo, ninguna norma constitucional atribuye a los estados servicio público específico alguno, por lo que en esta campo, en realidad, se está en presencia de una materia de la competencia concurrente con otros niveles del poder público, como las referidas a los servicios de salud, educativos o de deportes por ejemplo, cuyo ejercicio, en todo caso, requiere la sanción previa de leyes de bases por el poder nacional.

b. *La competencia en materia de policía estatal y de fijación del ámbito de la policía municipal*

Los estados tienen como materia de la competencia exclusiva “La organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, conforme a la legislación nacional aplicable” (art. 164,6).

616 V. el texto de las diferentes leyes estatales en *Informe sobre la Descentralización en Venezuela, 1993*. Memoria del Dr. Allan R. Brewer-Carías, Ministro del Estado para la Descentralización, Caracas, 1994, pp. 389 y ss. y 459 y ss.

617 V. Allan R. Brewer-Carías, “Bases legislativas para la descentralización política de la Federación centralizada (1990: El inicio de una reforma)”, en Allan R. Brewer-Carías et ál., *Leyes para la descentralización política de la Federación*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, pp. 25 y ss.

Esta competencia exclusiva, sin embargo, como lo dispone la norma, debe ejercerse por los estados “conforme a la legislación nacional aplicable”, lo que implica una sujeción al régimen general de la policía que establezca el poder nacional.

La policía, en efecto, es una materia que la Constitución distribuye como competencia en los tres niveles de gobierno: El poder nacional tiene competencia exclusiva en materia de “policía nacional” (art. 156,6), correspondiendo al Ejecutivo nacional organizar, de conformidad con la ley, un cuerpo uniformado de policía nacional (art. 332); y el poder municipal tiene competencia exclusiva, “en cuanto concierne a la vida local”, en materia de “prevención y protección vecinal y servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable” (art. 178,7).

En esta materia se ha dictado la Ley de Coordinación de Seguridad Ciudadana⁶¹⁸, con el objeto de coordinar entre los órganos de seguridad ciudadana, “sus competencias concurrentes, cooperación recíproca y el establecimiento de parámetros en ámbito de su ejercicio” (art. 1). A tal efecto, la ley definió las competencias *concurrentes*, como “aquellas facultades cuya titularidad y ejercicio le son atribuidas por igual tanto al Poder Nacional como al Poder Estatal y Municipal”; como *coordinación*, “el mecanismo mediante el cual el Ejecutivo Nacional; los estados y los municipios, unen esfuerzos para la ejecución de acciones tendentes a desarrollar los principios de comunicación, reciprocidad y cooperación que permitan garantizar la seguridad ciudadana”, y por tal *seguridad ciudadana*, “el estado de sosiego, certidumbre y confianza que debe proporcionarse a la población, residente o de tránsito, mediante acciones dirigidas a proteger su integridad física y propiedades” (art. 1).

En cuanto a los órganos de seguridad ciudadana, se enumeró en el artículo 2.º de la ley a la policía nacional, que para el momento de la sanción de la ley no había sido creada; las policías de cada estado; las policías de cada municipio, y los servicios mancomunados de policías prestados a través de las policías metropolitanas; el cuerpo de investigaciones científicas, penales y criminalísticas; el cuerpo de bomberos y administración de emergencias de carácter civil; y la organización de protección civil y administración de desastre.

En cuanto al funcionamiento interno de dichos órganos, el artículo 6 de la Ley atribuyó a los tres niveles de órganos del poder público nacional, estatal y municipal, competencia para dictar las normas necesarias para establecer el régimen disciplinario aplicable a los funcionarios adscritos a los órganos de seguridad ciudadana, en atención a la naturaleza de la actividad que desempeñan y los principios establecidos en la Ley (art. 6).

En cuanto al ejercicio de las competencias concurrentes entre los órganos de policía, en forma coincidente, el artículo 8 de la Ley dispuso que en los casos en que se produzca tal coincidencia mediante la presencia de representantes de los órganos de seguridad correspondientes a más de uno de los niveles del poder público, para atender una situación relacionada con competencias concurrentes, la responsabilidad de coordinación y el manejo de la misma, la debe asumir el órgano que disponga en el lugar de los acontecimientos de la mayor capacidad de respuesta y cantidad de medios que se corresponda con la naturaleza del hecho; debiendo los otros órganos darle apoyo al órgano coordinador (art. 8).

618 *Gaceta Oficial* n° 37.318 del 6 de noviembre de 2001.

La Ley le atribuyó al Ministerio del Interior y Justicia, competencia para ejercer la coordinación de los órganos de seguridad ciudadana mediante la dos órganos que estableció: la Coordinación nacional de seguridad ciudadana y de las Coordinaciones regionales de seguridad ciudadana en los diferentes estados (art. 22), las cuales deben contar con la cooperación de los gobernadores y alcaldes (art. 23).

Por otra parte, en especial, la Ley de los Cuerpos de Bomberos y Bomberas y Administración de Emergencias de Carácter Civil⁶¹⁹, reguló la prestación del servicio de bomberos y administración de emergencias de carácter civil, como una “competencia concurrente con los estados y los municipios” en los términos establecidos en la Constitución y en dicha ley (art. 11), considerando dichos cuerpos como “órganos de seguridad ciudadana, al exclusivo servicio de los intereses del Estado” (art. 2). El artículo 19 de la Ley define dichos órganos como los competentes para la prevención, preparación y atención de incendios y otras emergencias; así como para la realización de inspecciones técnicas y emisión de informes sobre las condiciones de seguridad en espacios públicos, comerciales o privados de uso público.

c. Las competencias en materia de explotación de bienes y recursos

La Constitución atribuye a los estados competencia exclusiva en materia de explotación de minerales no metálicos, salinas y ostrales, y de la administración de las tierras baldías.

En cuanto al régimen y aprovechamiento de los minerales no metálicos y las salinas, el artículo 164.5 C. asigna competencia a los estados en cuanto al “régimen y aprovechamiento de minerales no metálicos, no reservados al poder nacional, las salinas, ostrales, de conformidad con la ley”. Esta materia de la competencia exclusiva se había transferido a los estados por el art. 11,2 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989⁶²⁰.

Ahora bien, en cuanto a su ejercicio, este debe realizarse “de conformidad con la ley”, es decir, sujeto al régimen general que la Asamblea Nacional establezca en relación con “las minas e hidrocarburos... y otras riquezas naturales del país” (art. 156,16); particularmente, conforme a la competencia general del poder nacional respecto de “la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país” (art. 156,16); es decir conforme a las regulaciones contenidas en la Ley de Minas⁶²¹, en la Ley Orgánica del Ambiente⁶²² y en la Ley forestal, de suelos y aguas⁶²³.

En cuanto a la administración de las tierras baldías que son las que al no tener dueño conforme al Código Civil, son de la titularidad de los estados, el artículo 164.5 C. les asigna dicha competencia en forma “exclusiva”. Esta competencia, sin

619 V. en *Gaceta Oficial* n° 5.561 Extra. del 28 de noviembre de 2001.

620 V. en *Gaceta Oficial* n° 4.153 Extra. del 28 de diciembre de 1998.

621 V. en Ley de Minas (decreto ley n° 295) en *Gaceta Oficial* Extra. n° 5.382 del 28 de septiembre de 1999.

622 V. en *Gaceta Oficial* n° 31.004 del 16 de junio de 1976.

623 V. en *Gaceta Oficial* Extra. n° 1.004 del 26 de enero de 1966.

embargo, debe ejercerse conforme al régimen de las tierras baldías que establezca el poder nacional (art. 156.16). Además, conforme a la Disposición Transitoria décimo primera de la Constitución, “hasta tanto se dicte la legislación nacional relativa al régimen de las tierras baldías, la administración de las mismas continuará siendo ejercida por el poder nacional, conforme a la legislación vigente”. La Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola, en todo caso, ha declarado en forma general a las tierras baldías como bienes del dominio público⁶²⁴.

d. *las competencias en materia de infraestructura*

La Constitución asigna a los estados competencia exclusiva en una serie de materias vinculadas a la infraestructura, particularmente en materia de obras públicas, vialidad y transporte acuático y aéreo.

En efecto, en materia de obras públicas estatales puede decirse que al atribuirse al poder nacional competencia exclusiva en materia de obras públicas nacionales (art. 156.20), corresponde entonces a los estados la competencia exclusiva en materia de obras públicas estatales.

En materia de vialidad estatal, la Constitución atribuye a los estados competencia exclusiva en materia de “ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estatales” (art. 164.9). Estas serían “las que conforman la red vial dentro del territorio de cada Estado, con exclusión de las vías de comunicación nacionales que se encuentren en su mismo y de las vías urbanas municipales”, tal como las definió en su momento, el artículo 6 del Reglamento Parcial n° 7 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del poder público en materia de vialidad terrestre de 1993⁶²⁵; siendo vías de comunicación nacionales, “las carreteras que atraviesan un Estado y salgan de sus límites” (art. 4.1). La Ley de Tránsito y Transporte Terrestre⁶²⁶ en todo caso, ha definido a las “vías de comunicación estatales las que constituyen la red vial dentro cada estado, con exclusión de las vías de comunicación nacionales que se encuentren en el mismo” (art. 91)

En todo caso, la precisión del ámbito de la materia objeto de esta competencia exclusiva es esencial, ya que el artículo 156 asigna al poder nacional competencia en cuanto al “sistema de vialidad y de ferrocarriles nacionales” (ord. 27); y el artículo 178.2 atribuye a los municipios competencia en materia de “vialidad urbana”. La Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, en todo caso, le atribuyó a los estados la ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estatales, así como la circulación en el ámbito estatal (art. 5).

Además, los estados tienen competencia en cuanto a la administración de la vialidad nacional siguiendo la decisión descentralizadora adoptada por la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989 (art. 11.3). En efecto, el artículo 164.10 C. asigna competencia exclusiva a los estados en materia de “conservación, administración y aprovecha-

624 V. en *Gaceta Oficial* Extra. n° 35.771 del 18 de mayo de 2005.

625 V. en *Gaceta Oficial* n° 35.327 del 28 de octubre de 1993.

626 V. en *Gaceta Oficial* n° 37.332 del 26 de noviembre de 2001.

miento de carreteras y autopistas nacionales... en coordinación con el poder nacional”. Esta competencia no sólo está sujeta al ejercicio de la competencia nacional en materia de “sistema de vialidad y ferrocarriles nacionales” (art. 156,27) sino a “la coordinación con el poder nacional” que éste debe regular, a cuyo efecto, la mencionada Ley de Tránsito y Transporte Terrestres reconoció la competencia de los estados en materia de la conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales en coordinación con el Ejecutivo Nacional, en los términos previstos en dicha Ley (art. 5). La Ley, además, estableció que entre las autoridades administrativas encargadas de controlar y hacer cumplir la regulación del tránsito y transporte terrestre, estarían “las policías estatales de circulación” (arts. 7.2 y 13).

La Ley, por ejemplo, en su artículo 97, atribuyó al Ministerio de Infraestructura competencia exclusiva para establecer, mediante Resolución, las normas y procedimientos técnicos para la fijación de las tarifas a ser aplicadas por los estados y los concesionarios que administran la infraestructura vial. En todo caso, para la fijación de las tarifas que se pueden cobrar a los usuarios por concepto de peaje por la utilización de las carreteras, puentes, túneles y autopistas que constituyen la red vial nacional y estatal, la gobernación del estado o autoridad estatal competente, debe elaborar la propuesta del pliego tarifario, con sujeción a las normas y procedimientos técnicos que establezca el Ministerio de Infraestructura, y la debe someter a éste para su aprobación o no. El Ministerio de Infraestructura tiene un plazo de 60 días hábiles para pronunciarse, contados a partir de la fecha de recepción de la correspondiente solicitud. De aprobarse el pliego tarifario, que será publicada en la *Gaceta Oficial*, el Ministerio mediante Resolución debe fijar las tarifas, pudiendo ajustar el monto propuesto por el estado. De no aprobar el pliego tarifario, el Ministerio lo debe comunicar a la gobernación del estado o autoridad estatal competente, según el caso, no pudiéndose variar el monto de las tarifas que se estén cobrando a los usuarios. En todo caso, la Ley en su artículo 98 declara que no tiene efecto alguno la fijación de tarifas por concepto de peajes en contravención de lo dispuesto en dicha norma y su incumplimiento acarrea la intervención de la correspondiente estación recaudadora por parte del Ejecutivo nacional.

La Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, además, conforme lo disponía la Ley de Descentralización y sus reglamentos, dispone que cuando las carreteras, puentes, túneles o autopistas atraviesen el territorio de dos o más estados, se deben constituir mancomunidades para operar bajo una única administración (art. 101).

En cuanto a la administración de puertos y aeropuertos comerciales, la Constitución, siguiendo también la descentralización de competencias efectuada a favor de los estados por el artículo 11,5 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, asigna competencia exclusiva a los estados en materia de “conservación, administración y aprovechamiento de... puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el poder nacional” (art. 164,10). En esta materia, sin embargo, la competencia estatal también es de ejercicio parcial, pues el poder nacional tiene competencia en materia de “El régimen de... los puertos, aeropuertos y su infraestructura” (art. 156,26) y en todo caso, la competencia estatal debe ejercerse “en coordinación con el poder nacional” conforme al régimen establecido en la legislación nacional.

En materia de puertos se ha dictado la Ley General de Puertos⁶²⁷, a los efectos de regular la competencia del poder público en materia portuaria, lo que comprende “el régimen de los puertos y su infraestructuras; la regulación, formulación y seguimientos de políticas en materias de puertos y construcciones de tipo portuario; el establecimiento de normas y procedimientos técnicos para la construcción y mantenimiento de la infraestructura portuaria; los estudios y proyectos de desarrollo, construcción, modernización, y el mantenimiento de los puertos y construcciones de tipo portuario, conservación, administración aprovechamiento y defensa de los puertos”. El artículo 9 de la Ley agrega que “la coordinación entre los distintos niveles del poder público en el ejercicio de estas competencias”, se debe desarrollar en los términos previstos en la Constitución y en dicha Ley”.

En tal sentido, el artículo 17 de la Ley dispone que “el poder público nacional y el poder público estatal coordinarán entre sí el ejercicio de sus competencias en la materia portuaria, a cuyos fines, la Autoridad Acuática y las administraciones portuarias estatales deben cooperar en la planificación de la utilización del espacio portuario nacional y en la realización e implantación de los estudios y proyectos necesarios para la integración de un sistema nacional de transporte de carga.

En cuanto a los “puertos de uso comercial”, respecto de los cuales los estados tienen competencias, el artículo 42 de la Ley los define como “todos los puertos públicos de uso público, e interés general”. En relación con estos, dispone la misma norma, los Estados debe ejercer esta competencia de conformidad con la ley nacional y con lo que dispongan las leyes sancionadas por los respectivos consejos legislativos estatales, debiendo siempre “constituir un ente descentralizado que se encargue de la administración del puerto, u otorgarlo en concesión o habilitación”.

Por último, en materia de aeropuertos, la Ley de Aeronáutica Civil⁶²⁸ destina su artículo 45 a definir a los aeropuertos, distinguiéndolos entre nacionales o internacionales, los cuales pueden ser de uso comercial o estratégico. Son nacionales los destinados a la operación de vuelo dentro del territorio venezolano, e internacionales, cuando sean designados por la Autoridad Aeronáutica para permitir la llegada o partida, desde o hacia el extranjero.

Son de uso comercial los que exclusivamente se utilizan con fines de explotación y aprovechamiento de sus posibilidades, correspondiendo la conservación, administración y aprovechamiento de los mismos a los estados, en coordinación con el Ejecutivo Nacional, de conformidad con lo establecido la presente Ley. En esta materia, la disposición final segunda de dicha Ley se dedicó al tema de la “revisión de convenios relativos a materia aeronáutica”, disponiendo que “sin perjuicio a la descentralización de los estados”, dentro de los 2 años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley, se debía proceder “coordinadamente a revisar los convenios suscritos por el Estado y los establecidos entre los distintos órganos y entes del Poder Público, adecuándolos a la normativa establecida en esta Ley”.

627 V. en *Gaceta Oficial* n° 37.589 del 11 de diciembre de 2002.

628 V. en *Gaceta Oficial* n° 38.226 del 12 de julio de 2005.

2. El contraste con las competencias y funciones atribuidas a los gobiernos regionales en el Perú

Ante una delimitación de competencias exclusivas de los estados de la federación en Venezuela, como nivel político-territorial intermedio de una Federación que se declara en la Constitución como “descentralizada”, pero que en la práctica es “centralizada”, resulta significativo el contraste que significa la distribución de competencias exclusivas de los Gobiernos regionales en el proceso de descentralización del Estado en el Perú, tal como se regula en la Ley 27.783 Ley de Bases de la Descentralización y en la Ley 27.867 Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales, ambas de 2002⁶²⁹.

En estas, en efecto, se asignan a los Gobiernos Regionales diversas competencias exclusivas y se les asignan a los Gobiernos regionales una serie de funciones, que en muchos casos, comparativamente, superan las que se atribuyen a los Estados en Venezuela.

A. La asignación de competencias exclusivas a los Gobiernos regionales en el Perú

En efecto, de acuerdo con el artículo 13.1 de la Ley 27.783, son competencias exclusivas aquellas cuyo ejercicio corresponde de manera exclusiva y excluyente a cada nivel de gobierno conforme a la Constitución y la ley; y conforme a ello, el artículo 35 de la misma Ley 27.783 así como el artículo 10,1 de la Ley 27867 Orgánica de Gobiernos Regionales, asigna a los Gobiernos Regionales las siguientes competencias exclusivas:

a. *Planificación del desarrollo*

- Planificar el desarrollo integral de su región y ejecutar los programas socioeconómicos correspondientes, en armonía con el plan nacional de desarrollo.
- Formular y aprobar el plan de desarrollo regional concertado con las municipalidades y la sociedad civil de su región.

b. *Organización interna y presupuesto*

- Aprobar su organización interna y su presupuesto institucional conforme a la ley de gestión presupuestaria del estado y las leyes anuales de presupuesto.
- Dictar las normas sobre los asuntos y materias de su responsabilidad, y proponer las iniciativas legislativas correspondientes.

629 V. en Adolfo Céspedes et ál, *Estado regional: normatividad esencial del proceso de descentralización peruano*, Lima 2005.

c. *Proyectos de infraestructura*

- Promover y ejecutar las inversiones públicas de ámbito regional en proyectos de infraestructura vial, energética, de comunicaciones y de servicios básicos de ámbito regional, con estrategias de sostenibilidad, competitividad, oportunidades de inversión privada, dinamizar mercados y rentabilizar actividades.

- Diseñar y ejecutar programas regionales de cuencas, corredores económicos y de ciudades intermedias.

d. *Promoción de empresas y del desarrollo económico*

- Promover la formación de empresas y unidades económicas regionales para concertar sistemas productivos y de servicios.

- Facilitar los procesos orientados a los mercados internacionales para la agricultura, la agroindustria, la artesanía, la actividad forestal y otros sectores productivos, de acuerdo a sus potencialidades.

- Concretar alianzas y acuerdos con otras regiones para el fomento del desarrollo económico, social y ambiental.

- Promover la modernización de la pequeña y mediana empresa regional, articuladas con las tareas de educación, empleo y a la actualización e innovación tecnológica.

- Promover el uso sostenible de los recursos forestales y de biodiversidad.

e. *Turismo*

- Desarrollar circuitos turísticos que puedan convertirse en ejes de desarrollo.

f. *Administración de inmuebles públicos urbanos y demarcación territorial*

- Administrar y adjudicar los terrenos urbanos y eriazos de propiedad del Estado en su jurisdicción, con excepción de los terrenos de propiedad municipal.

- Organizar y aprobar los expedientes técnicos sobre acciones de demarcación territorial en su jurisdicción, conforme a la ley de la materia.

B. Algunas funciones de los gobiernos regionales en materia de competencias exclusivas

Conforme a los artículos 46 y siguientes de la Ley 27.867 Orgánica de Gobiernos Regionales, se asignan a los Gobiernos Regionales un conjunto de funciones específicas, en relación con las diversas competencias exclusivas que se le asignan, las cuales deben ejercer con base en las políticas regionales, que a la vez se deben formular en concordancia con las políticas nacionales sobre la materia.

Muchas de estas funciones están establecidas en el listado de funciones relativas a las competencias compartidas que se analizan más adelante, pudiendo identificarse sin embargo, las siguientes respecto de la administración de inmuebles, turismo y artesanías.

a. *En materia administrativa y adjudicación de terrenos propiedad del Estado (art. 62)*

a) Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar las políticas en materia de administración y adjudicación de terrenos de propiedad del Estado, de conformidad con la legislación vigente y el sistema de bienes nacionales.

b) Realizar los actos de matriculación, saneamiento, adquisición, enajenación, administración y adjudicación de los terrenos urbanos y eriazos de propiedad del Estado en su jurisdicción, con excepción de los terrenos de propiedad municipal.

c) Establecer los mecanismos aplicables al registro, inscripción y fiscalización de los bienes de propiedad estatal, con excepción de los de propiedad de los gobiernos locales y del Gobierno Nacional, de acuerdo con la normatividad vigente.

b. *En materia de turismo (art. 63)*

a) Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar las políticas en materia de desarrollo de la actividad turística regional, en concordancia con la política general del gobierno y los planes sectoriales.

b) Formular concertadamente, aprobar y ejecutar las estrategias y el programa de desarrollo turístico de la región.

c) Aprobar directivas relacionadas con la actividad turística, así como criterios técnicos que aseguren el cumplimiento de objetivos y metas que se derivan de los lineamientos de la política nacional de turismo.

d) Promover el desarrollo turístico mediante el aprovechamiento de las potencialidades regionales.

e) Calificar a los prestadores de servicios turísticos de la región, de acuerdo con las normas legales correspondientes.

f) Coordinar con los gobiernos locales las acciones en materia de turismo de alcance regional.

g) Llevar y mantener actualizados los directorios de prestadores de servicios turísticos, calendarios de eventos y el inventario de recursos turísticos, en el ámbito regional, de acuerdo a la metodología establecida por el MINCETUR.

h) Identificar posibilidades de inversión y zonas de interés turístico en la región, así como promover la participación de los inversionistas interesados en proyectos turísticos.

i) Proponer y declarar zonas de desarrollo turístico prioritario de alcance regional.

j) Disponer facilidades y medidas de seguridad a los turistas, así como ejecutar campañas regionales de protección al turista y difusión de conciencia turística, en coordinación con otros organismos públicos y privados.

k) Verificar el cumplimiento de las normas de medio ambiente y preservación de recursos naturales de la región, relacionadas con la actividad turística.

l) Declarar eventos de interés turístico regional.

m) Supervisar la correcta aplicación de las normas legales relacionadas con la actividad turística y el cumplimiento de los estándares exigidos a los prestadores de servicios turísticos de la región, así como aplicar las correspondientes sanciones en caso de incumplimiento, de conformidad con la normatividad vigente.

n) Suscribir contratos, convenios o acuerdos de cooperación interinstitucional con entidades públicas o privadas.

o) Promover la formación y capacitación del personal que participa en la actividad turística.

p) Fomentar la organización y formalización de las actividades turísticas de la región.

q) Organizar y conducir las actividades de promoción turística de la región en coordinación con las organizaciones de la actividad turística y los gobiernos locales.

r) Desarrollar circuitos turísticos que puedan convertirse en ejes del desarrollo regional.

c. En materia de artesanía (art. 64)

a) Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar las políticas en materia de desarrollo de la artesanía, en concordancia con la política general del gobierno y los planes sectoriales.

b) Planificar concertadamente y ejecutar el desarrollo de la actividad artesanal de la región, mediante el aprovechamiento de las potencialidades regionales.

c) Fomentar y desarrollar proyectos, programas u otros mecanismos para promover la competitividad y productividad de la actividad artesanal en la región, con la participación de entidades públicas y privadas.

d) Promover el desarrollo de productos artesanales orientados a la exportación y al mercado turístico.

e) Supervisar y evaluar el desarrollo de la actividad artesanal y la aplicación de las políticas, normas y procedimientos específicos.

f) Fomentar y autorizar ferias y exposiciones regionales, así como declarar eventos de interés artesanal orientados a promover el desarrollo de la artesanía de la región.

g) Fomentar y promover la organización y formalización de los productores artesanales y fortalecimiento gremial en la región.

h) Propiciar la conservación, preservación, rescate y desarrollo de las técnicas de producción tradicional artesanal en la región.

i) Promover mecanismos e instrumentos para el desarrollo de la actividad artesanal en la región, vinculados a la actividad turística.

j) Identificar oportunidades de inversión, difundir y promover el crecimiento de las inversiones en la actividad artesanal en la región, aprovechando sus ventajas comparativas y promoviendo la exportación de artesanías.

k) Fomentar la innovación, la transferencia de tecnologías y la formación de artesanos, desarrollando instrumentos que posibiliten la generación y el acceso de las empresas artesanales de la región a nuevas tecnologías.

l) Promover la calidad, la productividad, el valor agregado, la imagen y la diferenciación de los productos artesanales de la región.

III. LAS COMPETENCIAS CONCURRENTES EN VENEZUELA Y EL CONTRASTE CON EL SISTEMA PERUANO

1. Las competencias concurrentes en Venezuela y su ejercicio con sujeción a la ley nacional

A. La concurrencia y las leyes de bases

Además de las competencias exclusivas de cada nivel territorial, debe señalarse que la gran mayoría de las materias referidas a las competencias “exclusivas” que en los artículos 156, 164 y 178 C. se distribuyen entre los tres niveles territoriales del poder público, resultan ser en realidad materias de la competencia concurrente entre la República, los estados y los municipios, o entre la República y los municipios o entre la República y los estados.

Entre estas materias que por ser de competencia concurrente corresponden también a los estados, se pueden identificar en la Constitución algunas relativas a la protección ciudadana, es decir, policía y administración de riesgos (art. 55); al desarrollo económico, como las relativas a la ordenación y promoción del desarrollo económico y social (arts. 112, 299, 308, 309 y 310), a la promoción del desarrollo rural y seguridad alimentaria (art. 305, 306 y 307), a la ciencia y tecnología (art. 110); al desarrollo social, como la asistencia y protección social (arts. 75 a 81), a la salud (arts. 83, 84 y 85), a la vivienda (art. 82), a la educación (art. 102 a 109), a la cultura y el patrimonio histórico (art. 98 a 191), al deporte (art. 111), a la protección del trabajo (arts. 87 y ss.); y a la infraestructura y desarrollo físico, como la ordenación del territorio (art. 128), y el ambiente (arts. 127 a 129).

Sin embargo, aparte de que en la mayoría de estas materias se atribuye expresamente al poder nacional la competencia para dictar la legislación correspondiente, las mismas no pueden ejercerse por los estados sino siempre con sujeción a lo que disponga la ley nacional que se dicte. En efecto, conforme al artículo 165 C., todas estas materias deben ser reguladas mediante *leyes de bases* dictadas por el poder nacional, lo que conduce a un condicionamiento excesivo por parte de los órganos nacionales respecto de los otros niveles territoriales; y además, por leyes de desarrollo sancionadas por los consejos legislativos de los estados.

Sobre esas “leyes de bases”, las cuales constituyen una novedad en el constitucionalismo venezolano, la Exposición de motivos de la Constitución que se elaboró *ex post facto*, ha indicado lo siguiente:

En cuanto a las competencias concurrentes se adopta la experiencia de derecho comparado en materia de descentralización y se asume que las leyes nacionales tienen la naturaleza de leyes bases, en las que se establecen conceptos generales, básicos y orientadores; y las leyes

estadales son leyes de desarrollo de esos principios básicos, lo que permitirá mejores condiciones para la delimitación de competencias⁶³⁰.

Esta “explicación” en realidad, lo que pone de manifiesto es la inadecuada traslación de una figura desarrollada en la experiencia de estados unitarios descentralizados, como España con sus Comunidades Autónomas, totalmente extrañas a lo que debería ser una Federación. En todo caso, los proyectos de tales leyes de bases deben ser sometidos por la Asamblea Nacional, obligatoriamente a consulta de los estados, a través de los consejos legislativos (art. 206). Los consejos legislativos de los estados también pueden tener la iniciativa legislativa, ante la Asamblea Nacional, respecto de las leyes relativas a los estados (art. 204,8).

Como ejemplos de estas leyes de bases en materias de competencia concurrente, aún cuando no hayan sido sancionadas como tales ni se haya efectuado la consulta mencionada, se pueden citar las siguientes:

B. Las competencias en materia de salud

En materia de salud, la Ley Orgánica de Salud⁶³¹, establece que los gobernadores de los estados son los responsables en su respectiva entidad, del cumplimiento de la política nacional de salud y de la programación, organización, dirección, ejecución y coordinación de la organización pública en salud, de conformidad con las disposiciones contenidas en esta Ley (art. 14); asignándole a dichos gobernadores, en el artículo 15, las siguientes atribuciones: elaborar el plan estatal de salud, de conformidad con las políticas del Ministerio de la Salud; coordinar a nivel local la ejecución de los programas de la organización pública en salud; organizar el registro estatal de la salud bajo la dirección del Ministerio de la Salud y en coordinación con el registro nacional de la salud; evaluar la situación epidemiológica de su entidad federal para la estimulación de riesgos, formulación de diagnósticos y el establecimiento de medidas preventivas, en concordancia con las políticas del Ministerio de la Salud; administrar los establecimientos de atención médica propiedad del Estado dedicados a la atención preventiva, restitutoria y rehabilitadora de la salud en los términos previstos en la Ley; realizar periódicamente las actualizaciones de la certificación y la acreditación de los establecimientos de atención médica, de acuerdo con las directrices técnicas dictadas por el Ministerio de la Salud; intervenir y reestructurar, sólo a los efectos de la organización y dirección administrativa, los establecimientos públicos de atención médica y aprobar un plan de recuperación y mantenimiento de los mismos, a los fines de garantizar su buen funcionamiento, ello de conformidad con lo previsto en los reglamentos de la Ley, la Ley Orgánica del Trabajo, la Ley del Estatuto de la Función Pública y las leyes estatales en materia funcional; administrar los programas nacionales y locales de asistencia social, correspondientes a su entidad territorial; administrar el Fondo Estatal de Asistencia Social para el financiamiento de la salud, correspondiente a su entidad territorial; y promover hacia los municipios la descentralización administrativa y de gestión de los pro-

630 *Gaceta Oficial* Extra. n° 5.453 del 24 de marzo de 2000.

631 *Gaceta Oficial* n° 36.579 del 11 de noviembre de 1998.

gramas y actividades relacionadas con la atención médica, con la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y lo dispuesto en la ley nacional.

Por otra parte, la Ley dispone que los gobernadores deban ser los órganos de tutela de los establecimientos de atención médica propiedad del Estado.

Además, corresponde a los Ejecutivos regionales, solicitar a los alcaldes informes periódicos sobre la programación, coordinación y ejecución de los planes y programas destinados a la organización municipal de la salud, y la situación epidemiológica de los municipios, así como también rendición de cuentas periódicas del manejo presupuestario de aquellas partidas que hayan sido transferidas (art. 19).

Debe indicarse que en esta materia de competencias estatales en materia de salud, en 1993 se suscribieron diversos convenios de transferencia de los servicios de salud entre el entonces Ministro de Relaciones Interiores y el Ministro de Sanidad y Asistencia Social por una parte, y los gobernadores de los Estados Aragua, Falcón, Anzoátegui, Bolívar y Carabobo, con motivo de lo cual, por decreto n° 3.324 de 7 de enero de 1994, se dictó el Reglamento parcial n° 9 LOD sobre la transferencia a estados de los servicios de salud pública⁶³², en cuyo texto se recogió el contenido de los referidos convenios, a los efectos de normativizar lo que en su inicio fueron cláusulas de convenios intergubernamentales. La experiencia desarrollada en esos convenios permitió, sin duda, la emisión del referido Reglamento parcial n° 9 LOD que debía servir de base para los futuros convenios que habían de suscribirse con los restantes estados de la República para la transferencia de los servicios de salud pública.

C. Las competencias en materia de servicios de agua potable y saneamiento

En materia de prestación de los servicios de agua potable y de saneamiento, la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento⁶³³, dispuso en su artículo 10, como competencia de los estados, participar en la provisión de asistencia técnica, administrativa y financiera a los municipios, distritos metropolitanos, mancomunidad de municipios, cooperativas y organizaciones comunitarias y grupos vecinales organizados, en los aspectos de la operación, mantenimiento, expansión, administración y comercialización de los sistemas de agua potable y de saneamiento, así como en el financiamiento de programas de inversión para la prestación de los servicios y de los subsidios de acuerdo a la política que establezca el poder ejecutivo nacional; aportar total o parcialmente los recursos financieros para la construcción de obras o instalaciones de infraestructura hidráulica o sanitaria que estén contempladas en los planes de desarrollo del sector para el estado correspondiente; coadyuvar en el desarrollo y gestión de los servicios en los acueductos rurales y en los desarrollos no controlados, y contribuir al funcionamiento del régimen de subsidios de acuerdo a lo establecido en el respectivo reglamento y a la política que establezca el poder ejecutivo nacional.

632 A raíz del cambio de Gobierno este decreto no se publicó en la *Gaceta Oficial*, a pesar de haber sido aprobado en Consejo de Ministros.

633 *Gaceta Oficial* Extra n° 5.568 del 31 de diciembre de 2001.

D. Las competencias en materia de residuos y desechos sólidos

Por último, conforme a la Ley de Residuos y Desechos Sólidos⁶³⁴, sancionada para regular la producción y gestión responsable de los residuos y desechos sólidos, con el objeto de generar la reducción de los desperdicios al mínimo, y evitar situaciones de riesgo para la salud humana y calidad ambiental (art. 1), asignó a los estados (art. 13), las siguientes atribuciones: coordinar la elaboración de los planes estatales de gestión integral de residuos y desechos sólidos con los otros niveles de gobierno y velar por su ejecución; apoyar, técnica y financieramente en la gestión de residuos y desechos sólidos a los municipios; y diseñar y apoyar planes conjuntos con el ejecutivo nacional y los gobiernos locales para la gestión de residuos y desechos sólidos, en casos especiales como: contingencias, emergencias y catástrofes naturales.

E. Las competencias en materia de pesca

Por otra parte, en materia de pesca, la Ley de Pesca y Acuicultura⁶³⁵, es la propia ley, en su artículo 6 la que dispone que son competencias concurrentes de los órganos del poder público nacional, estatal y municipal, dictar medidas dirigidas a: promover la pesca y la acuicultura, de acuerdo a las políticas establecidas por el Ministerio competente, organizar, desarrollar y consolidar, los asentamientos y las comunidades de pescadores artesanales; establecer incentivos financieros, comerciales, de capacitación, de infraestructura y de transferencia tecnológica; procurar el acceso directo y abastecimiento nacional de productos y subproductos pesqueros y de acuicultura; y las relativas a la vigilancia de las actividades de pesca, acuicultura y las que le fueren conexas.

Agrega además, el artículo 8 de la Ley, en cuanto a los estados, que los mismos pueden dictar leyes de desarrollo según corresponda, de acuerdo con lo establecido en la Constitución, atendiendo a las políticas y planes de desarrollo nacional que regulen las actividades de pesca, acuicultura y las que le fueren conexas; los resultados de las investigaciones realizadas por instituciones públicas o privadas de reconocida trayectoria en el sector de pesca y acuicultura; la disponibilidad de los recursos hidrobiológicos; el menor impacto social y económico negativo en las comunidades de pescadores artesanales que puedan resultar afectadas; y la participación efectiva de los diferentes representantes de las comunidades, que tengan ingerencia en las actividades de pesca, acuicultura y las que le fueren conexas en los diversos niveles del poder público.

F. Las competencias en materia de vivienda

La Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat⁶³⁶ reguló la vivienda como una materia de competencia concurrente entre los tres niveles de gobierno, precisando en su artículo 72, que el gobernador de cada estado debe crear un sólo orga-

634 *Gaceta Oficial* 38.068 del 18 de noviembre de 2004.

635 *Gaceta Oficial* n° 37.323 del 13 de noviembre de 2001.

636 *Gaceta Oficial* n° 38.204 del 8 de junio de 2005.

nismo integral estatal de vivienda y hábitat, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de la Administración Pública, estando su funcionamiento enmarcado en las competencias y atribuciones que se le asignan en la ley.

Conforme al artículo 73 de la Ley son competencias del organismo integral estatal de vivienda y hábitat, las siguientes: formular el plan estatal anual de vivienda y hábitat, en cogestión con los municipios y dentro de las líneas estratégicas de la nación, en este sentido los planes estatales representarán la consolidación de los planes municipales, en coordinación con los consejos estatales de planificación y coordinación de políticas públicas, en una visión integradora así como la consideración de la infraestructura estatal necesaria; remitir al Banco Nacional de Vivienda y Hábitat, los planes estatales del sector vivienda y hábitat en los lapsos que éste establezca y en los términos que disponga la ley y su reglamento para su incorporación al plan nacional anual; presentar los requerimientos de recursos necesarios ante el Ministerio con competencia en materia de vivienda y hábitat, para la ejecución de los planes estatales; vigilar el cumplimiento del plan estatal anual conjuntamente con la superintendencia del sistema de seguridad social y con las comunidades, en coordinación con los consejos estatales de planificación y coordinación de políticas públicas; recibir y canalizar ante las instancias competentes las denuncias por incumplimiento a las disposiciones establecidas en el presente marco legal, y coordinar con la superintendencia del sistema de seguridad social la aplicación de las sanciones que se requieran y vigilar por el cumplimiento de las mismas; presentar un informe semestral al Ministerio con competencia en materia de vivienda y hábitat, sobre la gestión habitacional cumplida por los sectores públicos y privados en el estado, en su área de competencia; asesorar, orientar, asistir técnicamente y garantizar la transferencia de competencias al ámbito municipal y contribuir en todas las actividades que fortalezcan el desarrollo de la vivienda y el hábitat en el estado, a fin de facilitar y apuntalar la gestión de los municipios; licitar y contratar la ejecución de los proyectos de equipamientos necesarios para el hábitat en el ámbito de su competencia; fomentar programas de cooperación e intercambio entre organismos municipales de vivienda y hábitat así como coordinar con los entes locales las acciones que faciliten la ejecución de los proyectos; y promocionar, de conformidad con los lineamientos que el Ministerio con competencia en materia de vivienda y hábitat establezca al respecto, los programas y las actuaciones relacionadas con la gestión habitacional y el desarrollo urbano.

G. Las competencias en deportes

En cuanto al deporte, como competencia concurrente, la Ley del Deporte⁶³⁷ dispone que los organismos nacionales, estatales, municipales y parroquiales, así como los organismos privados, deban prestar asistencia y protección a las actividades deportivas públicas y privadas, y conjuntamente con los particulares deben velar por su fomento y desarrollo en conformidad con los propósitos definitivos dicha ley (art. 11). Además, la Ley considera como entes del sector público de la organización deportiva del país, no sólo a los organismos públicos a nivel nacional, sino a nivel estatal, municipal y parroquial a los cuales corresponde la formulación, desarrollo y

637 V. en *Gaceta Oficial* n° 4.975 Extra. del 25 de septiembre de 1995.

ejecución de la política deportiva, en sus respectivos niveles de conformidad con lo establecido en el plan general del deporte venezolano; y a los órganos públicos que destinen y ejecuten programas especiales dirigidos a la niñez, juventud, trabajadores, indígenas, campesinos, población penitenciaria, discapacitados y tercera edad, entre otros (art. 13).

En particular, la Ley dispone que las unidades de administración y control de la actividad deportiva de los estados dependientes del ejecutivo estatal respectivo, deban ejercer dicha gestión específica en el campo del desarrollo deportivo y de la alta competencia estatal, en armonía con los lineamientos que sobre las políticas deportivas se establezcan en el plan general del deporte venezolano. (art. 23). Además, las unidades administrativas descentralizada dependiente del poder ejecutivo estatal que en cada uno de los estados, esté encargada de dirigir, planificar, ejecutar y supervisar las actividades deportivas a nivel estatal, deben hacerlo en colaboración con el Instituto Nacional de Deportes y las unidades administrativas del sector de los niveles municipal, parroquial y las entidades deportivas, a los fines de garantizar la mayor participación posible (art. 24).

H. Las competencias en turismo

En materia de turismo, conforme a la Ley Orgánica de Turismo⁶³⁸, los estados deben ejercer las atribuciones constitucionales y legales en materia turística, de manera coordinada, armónica y con sujeción a las directrices de la política nacional de turismo sustentable, a fin de garantizar el tratamiento integral previsto en dicha Ley (art. 26). Dichas actividades que competen a los estados en su ámbito territorial, “en un marco de cooperación y coordinación con el Poder Público Nacional”, conforme al artículo 27 de la Ley, son las siguientes: crear la Corporación de Turismo Estadal a objeto de impulsar la ejecución de los planes, programas y proyectos turísticos conforme a la ley, su reglamento y los lineamientos de la política turística dictada por el Ministerio de Turismo, en el plan nacional estratégico de turismo; asistir y asesorar en materia turística, a las entidades municipales ubicadas dentro de su jurisdicción; participar con los entes y organismos públicos o privados, nacionales o internacionales, en las actividades vinculadas directa o indirectamente al turismo regional; propiciar el establecimiento de centros de información y servicios turísticos; coadyuvar con el Ministerio de Turismo en el desarrollo de los espacios turísticos, conforme a lo establecido en la Ley; incentivar y promover, en coordinación con entes públicos o privados, a los pequeños y medianos inversionistas o prestadores de servicios en el área turística, así como a las organizaciones de usuarios y consumidores turísticos; elaborar y mantener actualizadas las estadísticas de la oferta y la demanda turística en su territorio, con la cooperación de las autoridades municipales y del sector privado, en concordancia con los lineamientos dictados por el Ministerio de Turismo en el Plan Nacional Estratégico de Turismo; elaborar, actualizar y publicar el inventario de atractivos turísticos, prestadores de servicios turísticos y el Catálogo Turístico Estadal.; y proteger la integridad física del turista o usuario turístico y sus bienes, en sus regiones correspondientes, en coordinación con los órganos de seguridad ciudadana”.

638 *Gaceta Oficial* n° 38.215 del 23 de junio de 2005.

I. Las competencias en materia de zonas costeras

En materia de zonas costeras, se dictó la Ley de Zonas Costeras⁶³⁹, a cuyo efecto definió como tal “la unidad geográfica de ancho variable, conformada por una franja terrestre, el espacio acuático adyacente y sus recursos, en la cual se interrelacionan los diversos ecosistemas, procesos y usos presentes en el espacio continental e insular” (art. 2); declarando a los organismos del poder público nacional, estatal y municipal, como responsables de la aplicación y consecución de los objetivos de dicha Ley en el ámbito de sus respectivas competencias (art. 22). En particular, el artículo 24 de la ley dispuso que en las zonas costeras compete al poder público estatal: adecuar el plan estatal de ordenación del territorio a lo previsto en la ley nacional; coadyuvar con la gestión integrada de las zonas costeras en los municipios; establecer el régimen de aprovechamiento de los minerales no metálicos, no reservados al poder nacional, las salinas y los ostrales en su jurisdicción, de conformidad con la ley; recomendar al poder público nacional, una vez oída la opinión conforme a los medio de consulta y participación pública previstos en la ley, las áreas y recursos que deban someterse a un régimen de administración especial; colaborar en la implementación de programas de saneamiento ambiental, incluyendo la caracterización y señalización de las playas aptas o no, involucrando a los medios de consulta y participación pública previstos en la ley; cooperar con los municipios en la dotación de servicios y el saneamiento ambiental; establecer los mecanismos de coordinación interinstitucional estatal; y cooperar a través de sus órganos de policía en la vigilancia de las actividades que en ella se desarrollen.

A los efectos del ejercicio de dichas competencias, como lo dispone el artículo 26 de la Ley, los estados deben dictar sus leyes de desarrollo, de acuerdo con los lineamientos que deriven de la política socioeconómica del estado y conforme a las políticas de estado relativas a la ordenación del espacio geográfico nacional, a la protección, conservación y aprovechamiento de los recursos naturales, y a las actividades a desarrollarse en las zonas costeras; todo ello, conforme al plan de ordenación y gestión integrada de las zonas costeras, asegurándose además la participación efectiva de los diferentes medios de consulta y participación pública que prevea la ley.

Corresponde al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales asesorar y apoyar a los organismos públicos nacionales, estatales y municipales en el cumplimiento e implementación de las disposiciones establecidas en la Ley, y en particular, a tales efectos, conforme al artículo 27 de la Ley, debe promover mecanismos institucionales para el desarrollo de la gestión integrada de las zonas costeras así como programas de investigación y monitoreo de las zonas costeras; asimismo, debe desarrollar metodologías y procedimientos para la valoración económica de los recursos naturales y para el adecuado manejo de las zonas costeras; debe mantener una base de datos actualizada con la información disponible sobre las zonas costeras; debe coordinar conjuntamente con el Ministerio de Salud y Desarrollo Social y las autoridades estatales y municipales los programas de saneamiento ambiental de las playas, estableciendo mecanismos para la definición de las playas aptas para el uso público; y debe elaborar conjuntamente con los demás órganos competentes del estado, el proyecto del plan de ordenación y gestión integrada de las zonas costeras,

639 *Gaceta Oficial* n° 37.319 del 7 de noviembre de 2005.

y una vez oída la opinión de los medios de consulta y participación pública, para su aprobación en Consejo de Ministros.

J. Las competencias en materia de ordenación del territorio

La Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio de 2005⁶⁴⁰, que ha buscado derogar y sustituir la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983 y la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987 (lo que no se ha materializado por la *vacatio legis* que dispone), regula en la materia una competencia concurrente, que también corresponde a los estados, por lo que dicho texto también puede considerarse como una ley de bases.

En particular, dentro de los planes de ordenación territorial, la Ley Orgánica contempla los planes estatales de ordenación del territorio, como instrumentos de planificación a largo plazo, que deben concretar las directrices del plan nacional de ordenación del territorio en el ámbito de cada estado y orientan las acciones y actividades a desarrollar por los organismos y entes públicos y privados con base a potencialidades y restricciones del territorio; y el mismo, conforme al artículo 78, debe contener lineamientos en las siguientes materias: los usos a que debe destinarse prioritariamente el territorio estatal, de acuerdo a sus potencialidades económicas, condiciones específicas, políticas de desarrollo y realidades ecológicas; la localización de las principales actividades económicas y de servicios; los lineamientos generales del proceso de urbanización y del sistema de ciudades centros poblados; la localización de las áreas naturales protegidas y áreas de uso especial; la política de incentivos que coadyuvan a la ejecución del plan estatal de ordenación del territorio y los planes municipales; la localización de los proyectos de redes de servicios, corredores viales y de infraestructura en general de carácter estatal; la definición de las áreas sujetas a riesgos asociados a eventos naturales (geológicos, sismológicos, hidrológicos, inestabilidad de laderas, desertización, etc.), tecnológicos o antrópicos (desertificación, contaminación de aire, agua y suelo), así como los mecanismos adecuados para disminuir su vulnerabilidad y salvaguardar la vida y seguridad de la población; y la incorporación de los espacios que constituyan el hábitat y las tierras de los pueblos y comunidades indígenas, demarcados según la Ley de la materia.

A los efectos de la elaboración del plan, en cada estado se estableció una comisión estatal de ordenación del territorio, presidida por el gobernador e integrada por representantes de los ministerios cuyas competencias están vinculadas al tema (art. 79). Dicha comisión debe tener como secretaria técnica la dirección estatal ambiental del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, con amplias competencias en la materia (art. 80), entre las cuales está la coordinación de la elaboración del proyecto de plan estatal de ordenación del territorio (art. 81).

Dichos planes estatales deben ser aprobados por el gobernador respectivo, previa opinión favorable de la comisión nacional de ordenación del territorio y la aprobación unánime de los ministerios representados en la comisión estatal de ordenación del territorio (art. 83), y deben publicarse en la *Gaceta Oficial* del respectivo estado. La ejecución de los planes estatales se puede llevar a cabo a través de los organis-

640 *Gaceta Oficial* n° 38,236 del 1° de septiembre de 2005.

mos públicos, directamente o mediante entidades creadas al efecto, y por los particulares, actuando éstos bajo la coordinación y control de los organismos públicos (art. 85), particularmente del gobernador del respectivo estado, con la asesoría de la correspondiente comisión estatal de ordenación del territorio. En ejercicio de estas facultades de control, los funcionarios competentes deben realizar las actividades necesarias para garantizar el cumplimiento de las previsiones del plan estatal y, en particular, les corresponde otorgar o negar las constancias de uso conforme previstas en la ley orgánica, e imponer las sanciones administrativas correspondientes en caso de incumplimiento o violación a las disposiciones del plan estatal de ordenación del territorio (art. 86).

2. Las competencias compartidas en el sistema peruano de descentralización

A. Las competencias compartidas

En cuanto a las competencias compartidas, el artículo 13.2 de la Ley 27.783 las define como aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados; y el artículo 36 de la misma Ley 27.783, así como el artículo 10,2 de la Ley 27.867 Ley Orgánica de Gobiernos Regionales), le asigna a los Gobiernos Regionales las siguientes competencias compartidas:

a. Educación

- Gestión de los servicios educativos de nivel inicial, primaria, secundaria y superior no universitaria, con criterios de interculturalidad orientados a potenciar la formación para el desarrollo.

b. Salud pública

- Salud pública

c. Promoción económica

- Promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel, correspondientes a los sectores agricultura, pesquería, industria, comercio, turismo, energía, hidrocarburos, minas, transportes, comunicaciones y medio ambiente.

- Competitividad regional y la promoción de empleo productivo en todos los niveles, concertando los recursos públicos y privados.

d. Gestión ambiental

- Gestión sostenible de los recursos naturales y mejoramiento de la calidad ambiental.

- Preservación y administración de las reservas y áreas naturales protegidas regionales.

e. *Cultura*

- Difusión de la cultura y potenciación de todas las instituciones artísticas y culturales regionales.

f. *Participación ciudadana*

- Participación ciudadana, alentando la concertación entre los intereses públicos y privados en todos los niveles.

B. Las funciones de los Gobiernos regionales en relación a las competencias compartidas

Conforme a los artículos 46 y siguientes de la Ley 27.867 Orgánica de Gobiernos Regionales, se asignan a los Gobiernos Regionales un conjunto de funciones específicas, en relación con las diversas competencias que se le asignan, las cuales deben ejercerse con base en las políticas regionales, que a la vez se deben formular en concordancia con las políticas nacionales sobre la materia.

Las funciones específicas son las siguientes:

a. *En materia de educación, cultura, ciencia, tecnología, deporte y recreación (art. 47)*

a) Formular, aprobar, ejecutar, evaluar y administrar las políticas regionales de educación, cultura, ciencia y tecnología, deporte y recreación de la región.

b) Diseñar, ejecutar y evaluar el proyecto educativo regional, los programas de desarrollo de la cultura, ciencia y tecnología y el programa de desarrollo del deporte y recreación de la región, en concordancia con la política educativa nacional.

c) Diversificar los currículos nacionales, incorporando contenidos significativos de su realidad sociocultural, económica, productiva y ecológica y respondiendo a las necesidades e intereses de los educandos.

d) Promover una cultura de derechos, de paz y de igualdad de oportunidades para todos.

e) Promover, regular, incentivar y supervisar los servicios referidos a la educación inicial, primaria, secundaria y superior no universitaria, en coordinación con el Gobierno local y en armonía con la política y normas del sector correspondiente y las necesidades de cobertura y niveles de enseñanza de la población.

f) Modernizar los sistemas descentralizados de gestión educativa y propiciar la formación de redes de instituciones educativas, en coordinación con el Ministerio de Educación.

g) Ejecutar y evaluar, conjuntamente con los gobiernos locales, los programas de alfabetización en el marco de las políticas y programas nacionales.

h) Integrar los distintos programas educativos regionales en una política integral orientada, en lo económico, a la mejora en la productividad y competitividad de la región; en lo social, a propiciar la igualdad de oportunidades, la integración y la inclusión a nivel regional; en lo político, al afianzamiento de los mecanismos de participación ciudadana y rendición de cuentas en los distintos niveles de gobierno, y en lo cultural, al desarrollo de una cultura de paz y reconocimiento y respeto a la diversidad.

i) Promover permanentemente la educación intercultural y el uso de las lenguas originarias de la región.

j) Promover e incentivar la investigación, la extensión en las universidades y en otras instituciones educativas de nivel superior, en función del desarrollo regional.

k) Promover y difundir las manifestaciones culturales y potenciar las instituciones artísticas y culturales de la región, en coordinación con los Gobiernos Locales.

l) Proteger y conservar, en coordinación con los Gobiernos Locales y los organismos correspondientes, el patrimonio cultural nacional existente en la región, así como promover la declaración por los organismos competentes de los bienes culturales no reconocidos que se encuentren en la región.

m) Diseñar e implementar las políticas de infraestructura y equipamiento, en coordinación con los Gobiernos Locales.

n) Identificar, implementar y promover el uso de nuevas tecnologías eficaces y eficientes para el mejoramiento de la calidad de la educación en sus distintos niveles.

o) Desarrollar e implementar sistemas de información y ponerla a disposición de la población.

p) Evaluar periódicamente y de manera sistemática los logros alcanzados por la región en materia educativa y apoyar las acciones de evaluación y medición que desarrolla el Ministerio de Educación, así como contribuir al desarrollo de la política de acreditación y certificación de la calidad educativa en el ámbito de su competencia.

q) Fomentar y participar en el diseño, ejecución y evaluación de proyectos de investigación, experimentación e innovación educativa que aporten al desarrollo regional y al mejoramiento de la calidad de servicio educativo.

r) Desarrollar los procesos de profesionalización, capacitación y actualización del personal docente y administrativo de la región, en concordancia con el plan nacional de formación continua.

s) Fortalecer en concordancia con los Gobiernos Locales, a las instituciones educativas, promoviendo su autonomía, capacidad de innovación y funcionamiento democrático, así como la articulación intersectorial y la pertenencia a redes, con participación de la sociedad.

t) Articular, asesorar y monitorear en el campo pedagógico y administrativo a las unidades de gestión local.

u) Impulsar y articular la participación de las universidades, empresas e instituciones de la sociedad civil en la ejecución de los planes de desarrollo regional.

b. *En materia de trabajo, promoción del empleo, y de la pequeña y microempresa (art. 48)*

a) Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar las políticas en materia de trabajo, promoción del empleo y fomento de la pequeña y microempresa, con la política general del gobierno y los planes sectoriales.

b) Incorporar la promoción del empleo productivo en los planes de desarrollo regional concertados.

c) Formular y ejecutar los planes de promoción de la pequeña y micro empresa, y apoyo a las iniciativas empresariales, que incidan en la mejora de la calidad del empleo de estas unidades económicas.

d) Promover el diálogo y la concertación con las organizaciones representativas de los trabajadores, empleadores y sectores de la sociedad vinculados, en materia de trabajo, promoción del empleo, formación profesional y fomento de la micro y pequeña empresa.

e) Promover mecanismos de prevención y solución de conflictos laborales, difusión de la normatividad, defensa legal y asesoría gratuita del trabajador.

f) Conducir y ejecutar los procedimientos de supervisión, control e inspección de las normas de trabajo, promoción del empleo y fomento de la pequeña y microempresa, aplicando las sanciones que correspondan de acuerdo a ley en el ámbito de su competencia.

g) Promover e incentivar el desarrollo y formalización de pequeñas y microempresas con criterios de flexibilidad y simplificación, la instalación de empresas en la región y la iniciativa privada en actividades y servicios regionales.

h) Conducir y ejecutar acciones en materia de seguridad y salud en el trabajo y bienestar social, concertando con entidades públicas y privadas, así como con organizaciones representativas de la región. Del mismo modo, hacer cumplir las normas de prevención y de protección contra riesgos ocupacionales.

i) Dirigir y ejecutar en el ámbito regional la política nacional de promoción del empleo, capacitación y formación profesional, promoviendo la normalización y certificación de competencias laborales.

j) Elaborar y difundir información en materia de trabajo, promoción del empleo y fomento de la micro y pequeña empresa.

k) Promover la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo.

l) Fomentar la formación profesional de los recursos humanos de las empresas de la región como un mecanismo de mejoramiento de los ingresos, la productividad y competitividad a través de actividades de capacitación, provisión de información y transferencia tecnológica.

m) Coordinar la oferta de formación profesional y los programas de orientación laboral y ocupacional que brindan las entidades públicas y privadas; asimismo, supervisar los sistemas de intermediación laboral en la región y su articulación con el sistema de formación profesional.

n) Conducir y ejecutar en la región la política de fomento de la pequeña y microempresa, en el marco de la política nacional.

o) Promover la provisión de servicios financieros y de desarrollo empresarial a la pequeña y micro-empresa, por parte del sector privado.

p) Resolver como Instancia Regional de Trabajo, en los procedimientos administrativos que tratan sobre materias de trabajo, promoción del empleo y fomento de la pequeña y micro empresa.

q) Llevar los registros administrativos en el ámbito de su competencia, en aplicación de la normatividad vigente.

r) Simplificar los trámites y procedimientos administrativos aplicables a la constitución de empresas en su jurisdicción.

c. En materia de salud (art. 49)

a) Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar las políticas de salud de la región en concordancia con las políticas nacionales y los planes sectoriales.

b) Formular y ejecutar, concertadamente, el Plan de Desarrollo Regional de Salud.

c) Coordinar las acciones de salud integral en el ámbito regional.

d) Participar en el Sistema Nacional Coordinado y Descentralizado de Salud de conformidad con la legislación vigente.

e) Promover y ejecutar en forma prioritaria las actividades de promoción y prevención de la salud.

f) Organizar los niveles de atención y administración de las entidades de salud del Estado que brindan servicios en la región, en coordinación con los Gobiernos Locales.

g) Organizar, implementar y mantener los servicios de salud para la prevención, protección, recuperación y rehabilitación en materia de salud, en coordinación con los Gobiernos Locales.

h) Supervisar y fiscalizar los servicios de salud públicos y privados.

i) Conducir y ejecutar coordinadamente con los órganos competentes la prevención y control de riesgos y daños de emergencias y desastres.

j) Supervisar y controlar la producción, comercialización, distribución y consumo de productos farmacéuticos y afines.

k) Promover y preservar la salud ambiental de la región.

l) Planificar, financiar y ejecutar los proyectos de infraestructura sanitaria y equipamiento, promoviendo el desarrollo tecnológico en salud en el ámbito regional.

m) Poner a disposición de la población, información útil sobre la gestión del sector, así como de la oferta de infraestructura y servicios de salud.

n) Promover la formación, capacitación y el desarrollo de los recursos humanos y articular los servicios de salud en la docencia e investigación y proyección a la comunidad.

o) Evaluar periódicamente y de manera sistemática los logros alcanzados por la región en materia sanitaria.

p) Ejecutar, en coordinación con los Gobiernos Locales de la región, acciones efectivas que contribuyan a elevar los niveles nutricionales de la población de la región.

d. *En materia de población (art. 50)*

a) Formular, aprobar, ejecutar, dirigir, evaluar y controlar los programas en materia de población a nivel regional, en concordancia con la política y plan nacional de población, en coordinación con los Gobiernos Locales.

b) Promover la educación e información en materia de población, contribuyendo a consolidar una cultura demográfica y a propiciar en todos los grupos y sectores sociales, hábitos de vida saludables y prácticas orientadas a la solución de los problemas de población, en especial la reversión de los saldos migratorios negativos provinciales, la redistribución espacial de la población y la atención al envejecimiento demográfico.

c) Programar y desarrollar acciones que impulsen una distribución territorial de la población en función a las potencialidades del desarrollo regional y en base a los planes de ordenamiento territorial y de la capacidad de las ciudades para absorber flujos migratorios.

d) Promover la incorporación de criterios y previsiones demográficos en los planes y programas de desarrollo urbano y regional, en coordinación con los Gobiernos Locales.

e) Generar alternativas a la emigración rural a través del fortalecimiento de capacidades productivas, el mejoramiento de la infraestructura y el equipamiento de los centros poblados, que permitan la atención a las necesidades de la población rural dispersa y aislada.

f) Formular, coordinar y supervisar estrategias que permitan controlar el deterioro ambiental y de salud en las ciudades y a evitar el poblamiento en zonas de riesgo para la vida y la salud, en coordinación con los Gobiernos Locales, garantizando el pleno respeto de los derechos constitucionales de las personas.

e. *En materia de agraria (art.51)*

a) Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas de la región en materia agraria en concordancia con las políticas nacionales y los planes sectoriales y las propuestas promocionales de desarrollo rural de parte de las municipalidades rurales.

b) Administrar y supervisar la gestión de actividades y servicios agropecuarios, en armonía con la política y normas de los sectores correspondientes y las potencialidades regionales.

c) Participar en la gestión sostenible del recurso hídrico en el marco de las entidades de cuencas y las políticas de la autoridad nacional de aguas.

d) Promover la transformación, comercialización, exportación y consumo de productos naturales y agroindustriales de la región.

e) Desarrollar acciones de vigilancia y control para garantizar el uso sostenible de los recursos naturales bajo su jurisdicción.

f) Promover y ejecutar proyectos y obras de irrigación, mejoramiento de riego, manejo adecuado y conservación de los recursos hídricos y de suelos.

g) Supervisar y administrar el servicio de información agraria en la región, la cual podrá contar con una red de información provincial y distrital, la que operará en armonía con el sistema nacional de información agraria.

h) Promover la provisión de recursos financieros privados a las empresas y organizaciones de la región, con énfasis en las micro, pequeñas y medianas empresas y las unidades productivas orientadas a la exportación.

i) Planificar, promover y concertar con el sector privado, la elaboración de planes y proyectos de desarrollo agrario y agroindustrial.

j) Planear, supervisar y controlar, en coordinación con el gobierno nacional la mejora de los servicios de comercialización agropecuaria, del desarrollo de cultivos y de crías y ganadería.

k) Promover y prestar servicios de asistencia técnica en sanidad agropecuaria, de acuerdo a las políticas y programas establecidos por la autoridad nacional de sanidad agraria.

l) Fomentar sistemas de protección de biodiversidad y germoplasma.

m) Fomentar la investigación y transferencia de tecnológica y extensión agropecuaria.

n) Promover, gestionar y administrar el proceso de saneamiento físico-legal de la propiedad agraria, con la participación de actores involucrados, cautelando el carácter imprescriptible, inalienable e inembargable de las tierras de las comunidades campesinas y nativas.

o) Promover políticas para generar una cultura de seguridad alimentaria.

p) Promover, asesorar y supervisar el desarrollo, conservación, manejo, mejoramiento y aprovechamiento de cultivos nativos, camélidos sudamericanos y otras especies de ganadería regional.

q) Otorgar permisos, autorizaciones y concesiones forestales, en áreas al interior de la región, así como ejercer labores de promoción y fiscalización en estricto cumplimiento de la política forestal nacional.

f. *En materia pesquera (art. 52)*

a) Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia pesquera y producción acuícola de la región.

b) Administrar, supervisar y fiscalizar la gestión de actividades y servicios pesqueros bajo su jurisdicción.

c) Desarrollar acciones de vigilancia y control para garantizar el uso sostenible de los recursos bajo su jurisdicción.

d) Promover la provisión de recursos financieros privados a las empresas y organizaciones de la región, con énfasis en las medianas, PYMES y unidades productivas orientadas a la exportación.

e) Desarrollar e implementar sistemas de información y poner a disposición de la población información útil referida a la gestión del sector.

f) Promover, controlar y administrar el uso de los servicios de infraestructura de desembarque y procesamiento pesquero de su competencia, en armonía con las políticas y normas del sector, a excepción del control y vigilancia de las normas sanitarias sectoriales, en todas las etapas de las actividades pesqueras.

g) Verificar el cumplimiento y correcta aplicación de los dispositivos legales sobre control y fiscalización de insumos químicos con fines pesqueros y acuícolas, de acuerdo a la Ley de la materia. Dictar las medidas correctivas y sancionar de acuerdo con los dispositivos vigentes.

h) Promover la investigación e información acerca de los servicios tecnológicos para la preservación y protección del medio ambiente.

i) Velar y exigir el adecuado cumplimiento de las normas técnicas en materia de pesquería. Dictar las medidas correctivas y sancionar de acuerdo con los dispositivos vigentes.

j) Vigilar el estricto cumplimiento de las normas vigentes sobre pesca artesanal y su exclusividad dentro de las cinco millas marinas. Dictar las medidas correctivas y sancionar de acuerdo con los dispositivos vigentes.

g. *En materia ambiental y de ordenación del territorio (art. 53)*

a) Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia ambiental y de ordenamiento territorial, en concordancia con los planes de los Gobiernos Locales.

b) Implementar el sistema regional de gestión ambiental, en coordinación con las comisiones ambientales regionales.

c) Formular, coordinar, conducir y supervisar la aplicación de las estrategias regionales respecto a la diversidad biológica y sobre cambio climático, dentro del marco de las estrategias nacionales respectivas.

d) Proponer la creación de las áreas de conservación regional y local en el marco del Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

e) Promover la educación e investigación ambiental en la región e incentivar la participación ciudadana en todos los niveles.

f) Planificar y desarrollar acciones de ordenamiento y delimitación en el ámbito del territorio regional y organizar evaluar y tramitar los expedientes técnicos de demarcación territorial, en armonía con las políticas y normas de la materia.

g) Participar en el diseño de los proyectos de conformación de macro-regiones.

h) Controlar y supervisar el cumplimiento de las normas, contratos, proyectos y estudios en materia ambiental y sobre uso racional de los recursos naturales, en su respectiva jurisdicción. Imponer sanciones ante la infracción de normas ambientales regionales.

i) Formular planes, desarrollar e implementar programas para la venta de servicios ambientales en regiones con bosques naturales o áreas protegidas.

j) Preservar y administrar, en coordinación con los Gobiernos Locales, las reservas y áreas naturales protegidas regionales que están comprendidas íntegramente dentro de su jurisdicción, así como los territorios insulares, conforme a Ley.

h. *En materia de industria (art. 54)*

a) Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia de industria de la región, en concordancia con las políticas nacionales y los planes sectoriales.

b) Impulsar el desarrollo de sus recursos humanos, y la mejora en la productividad y competitividad de sus unidades económicas y el aprovechamiento de las potencialidades regionales.

c) Identificar las oportunidades de inversión y promover la iniciativa privada en proyectos industriales.

d) Promover la provisión de servicios financieros a las empresas y organizaciones sociales productivas de la región, con énfasis en las PYMES y las unidades productivas orientadas a la exportación, por parte del sector privado.

e) Desarrollar, implementar y poner a disposición de la población sistemas de información relevante y útil para las empresas y organizaciones de la región, así como para los niveles regional y nacional.

f) Simplificar los trámites y procedimientos administrativos aplicables a las empresas en su jurisdicción, con énfasis en las medianas y PYMES y las unidades productivas orientadas a la exportación.

g) Organizar ferias regionales y promover la participación de la región en eventos similares de nivel internacional.

i. *En materia de comercio (art. 55)*

a) Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia de comercio de la región, en concordancia con las políticas nacionales y los planes sectoriales, en coordinación con las entidades del sector público competentes en la materia.

b) Impulsar el desarrollo de los recursos humanos regionales y la mejora en la productividad y competitividad de las unidades económicas de la región, a través de actividades de capacitación, provisión de información y transferencia tecnológica.

c) Elaborar y ejecutar las estrategias y el programa de desarrollo de la oferta exportable y de promoción de las exportaciones regionales.

d) Identificar oportunidades comerciales para los productos de la región y promover la participación privada en proyectos de inversión en la región.

e) Promover la provisión de servicios financieros a las empresas y organizaciones de la región, con énfasis en las medianas, PYMES y las unidades productivas orientadas al comercio y a las exportaciones, por parte del sector privado.

j. *En materia de transportes (art. 56)*

a) Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia de transportes de la región, de conformidad con las políticas nacionales y los planes sectoriales.

b) Planificar, administrar y ejecutar el desarrollo de la infraestructura vial regional, no comprendida en la Red Vial Nacional o Rural, debidamente priorizada dentro de los planes de desarrollo regional. Asimismo promover la inversión privada, nacional y extranjera en proyectos de infraestructura de transporte.

c) Desarrollar y administrar la infraestructura portuaria regional de acuerdo con las regulaciones técnico-normativas emitidas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a través del organismo pertinente y de la forma que establezcan los dispositivos legales sobre la materia.

d) Otorgar las autorizaciones portuarias, licencias y permisos para la prestación de los servicios portuarios marítimos, fluviales y lacustres de alcance regional, a través del organismo pertinente, de acuerdo a los dispositivos legales sobre la materia.

e) Desarrollar y administrar los aeródromos de ámbito regional, coordinando con la Dirección General de Aeronáutica Civil conforme a ley.

f) Supervisar y fiscalizar la gestión de actividades de infraestructura de transporte vial de alcance regional.

g) Autorizar, supervisar, fiscalizar y controlar la prestación de servicios de transporte interprovincial dentro del ámbito regional en coordinación con los gobiernos locales.

h) Regular, supervisar y controlar el proceso de otorgamiento de licencias de conducir, de acuerdo a la normatividad vigente.

k. *En materia de telecomunicaciones (art. 57)*

a) Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia de telecomunicaciones de la región, de conformidad con las políticas nacionales y los planes sectoriales.

b) Promover, ejecutar y concesionar los proyectos regionales de telecomunicaciones de su competencia, en concordancia con la normatividad nacional y los convenios internacionales. Asimismo, promover la inversión privada en proyectos de telecomunicaciones, de acuerdo a la ley de la materia.

c) Fomentar y fortalecer el desarrollo de medios de comunicación regional y de una red pública de comunicaciones en la Región.

d) Coordinar con el Gobierno Nacional las autorizaciones de las estaciones de radio y televisión regional y otorgar las licencias correspondientes, en armonía con las políticas y normatividad nacional y los convenios internacionales.

e) Participar en los proyectos de comunicaciones a cargo del gobierno nacional.

l. *En materia de vivienda y saneamiento (art. 58)*

a) Formular, aprobar y evaluar los planes y políticas regionales en materia de vivienda y saneamiento, en concordancia con los planes de desarrollo de los gobiernos locales, y de conformidad con las políticas nacionales y planes sectoriales.

b) Promover la ejecución de programas de vivienda urbanos y rurales, canalizando los recursos públicos y privados, y la utilización de los terrenos del gobierno regional y materiales de la región, para programas municipales de vivienda.

c) Incentivar la participación de promotores privados en los diferentes programas habitacionales, en coordinación con los gobiernos locales.

d) Difundir el Plan Nacional de Vivienda y la normativa referida a la edificación de vivienda, así como evaluar su aplicación.

e) Ejecutar acciones de promoción, asistencia técnica, capacitación, investigación científica y tecnológica en materia de construcción y saneamiento.

f) Apoyar técnica y financieramente a los gobiernos locales en la prestación de servicios de saneamiento.

g) Aprobar los aranceles de los planos prediales con arreglo a las normas técnicas vigentes sobre la materia del Consejo Nacional de Tasaciones.

h) Asumir la ejecución de los programas de vivienda y saneamiento a solicitud de los gobiernos locales.

m. *En materia de energía, minas e hidrocarburos (art. 597)*

a) Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, fiscalizar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia de energía, minas e hidrocarburos de la región, en concordancia con las políticas nacionales y los planes sectoriales.

b) Promover las inversiones en el sector, con las limitaciones de Ley.

c) Fomentar y supervisar las actividades de la pequeña minería y la minería artesanal y la exploración y explotación de los recursos mineros de la región con arreglo a Ley.

d) Impulsar proyectos y obras de generación de energía y electrificación urbano rurales, así como para el aprovechamiento de hidrocarburos de la región. Asimismo, otorgar concesiones para minicentrales de generación eléctrica.

e) Conducir, ejecutar, supervisar y cooperar en programas de electrificación rural regionales, en el marco del Plan Nacional de Electrificación Rural.

f) Otorgar concesiones para pequeña minería y minería artesanal de alcance regional.

g) Inventariar y evaluar los recursos mineros y el potencial minero y de hidrocarburos regionales.

h) Aprobar y supervisar los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) de su circunscripción, implementando las acciones correctivas e imponiendo las sanciones correspondientes.

n. *En materia de desarrollo social e igualdad de oportunidades (art. 60)*

a) Formular, aprobar y evaluar las políticas en materia de desarrollo social e igualdad de oportunidades de su competencia, en concordancia con la política general del gobierno nacional, los planes sectoriales y los programas correspondientes de los Gobiernos Locales.

b) Coordinar la ejecución por los Gobiernos Locales de las políticas sectoriales y el funcionamiento de los programas de lucha contra la pobreza y desarrollo social del Estado, con énfasis en la calidad de los servicios, la igualdad de oportunidades con equidad de género y el fortalecimiento de la economía regional. El Gobierno Nacional coordina el cumplimiento de la ejecución por los Gobiernos Regionales de lo que les compete de las políticas y programas señalados en el presente inciso.

c) Formular políticas, regular, dirigir, ejecutar, promover, supervisar y controlar las acciones orientadas a la prevención de la violencia política, familiar y sexual.

d) Promover la participación ciudadana en la planificación, administración y vigilancia de los programas de desarrollo e inversión social en sus diversas modalidades, brindando la asesoría y apoyo que requieran las organizaciones de base involucradas.

e) Gestionar y facilitar el aporte de la cooperación internacional y las empresas privadas en los programas de lucha contra la pobreza y desarrollo social.

f) Promover una cultura de paz e igualdad de oportunidades.

g) Formular y ejecutar políticas y acciones concretas orientadas a la inclusión, priorización y promoción de las comunidades campesinas y nativas en el ámbito de su jurisdicción.

h) Formular y ejecutar políticas y acciones concretas orientando para que la asistencia social se torne productiva para la región con protección y apoyo a los niños, jóvenes, adolescentes, mujeres, personas con discapacidad, adultos mayores y sectores sociales en situación de riesgo y vulnerabilidad.

o. *En materia de defensa civil (art. 61)*

a) Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar las políticas en materia de Defensa Civil, en concordancia con la política general del gobierno y los planes sectoriales.

b) Dirigir el Sistema Regional de Defensa Civil

c) Organizar y ejecutar acciones de prevención de desastres y brindar ayuda directa e inmediata a los damnificados y la rehabilitación de las poblaciones afectadas.

d) Promover y facilitar la formación y equipamiento de Compañías de Bomberos Voluntarios en la región.

e) Promover y apoyar la educación y seguridad vial.

IV. LAS COMPETENCIAS RESIDUALES EN LA FEDERACIÓN VENEZOLANA, NO SÓLO ESTADALES SINO NACIONALES, Y LA AMPLITUD DESMESURADA DE LA CLÁUSULA DE COMPETENCIAS IMPLÍCITAS

Conforme a la tradición de los sistemas federales, los estados tienen competencia en todo lo que no corresponda de conformidad con la Constitución a la competencia nacional o municipal (art. 164,11). Es lo que se denomina la competencia residual de los estados.

Sin embargo, en virtud de la competencia implícita establecida a favor del poder nacional en el artículo 156.33 C., en residuo a favor de los estados puede resultar aún más exiguo y dependiente del poder nacional. Dicha norma, en efecto, atribuye al poder nacional competencia en toda otra materia que la Constitución atribuya al poder público nacional, o que “le corresponda por su índole o naturaleza”. Con ello, cualquiera de las materias de la competencia residual de los estados podría ser centralizada sin límite alguno.

Además, como excepcionalmente ocurrió en la Constitución centralista y autoritaria de 1953, la Constitución de 1999 también estableció una competencia residual a favor del poder nacional, aun cuando reducida a la materia tributaria, al asignarle competencia en materia de impuestos, tasas y rentas “no atribuidos a los estados y municipios” por la Constitución y la ley (art. 156,12).

En consecuencia, en la Constitución de 1999 se estableció una doble competencia residual: a favor del poder nacional en materia tributaria; y el resto, a favor de los estados.

V. EL RÉGIMEN LEGAL PARA LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA DE LA FEDERACIÓN EN VENEZUELA EN MATERIA DE COMPETENCIAS CONCURRENTES

1. Algunos antecedentes

Cualquier análisis somero de la normativa constitucional en lo que se refiere a la diferenciación del poder público en poder nacional y poder de los estados o poder estatal en Venezuela, evidentemente que conduce a la apreciación de que en cuanto a atribuciones y facultades, la organización “estadal” está constitucionalmente minimizada en relación a las que se asignan al poder nacional. A lo anterior debía añadirse la minimización de la autonomía política de los estados que existió hasta 1989, dado que los gobernadores de los mismos, no sólo eran designados libremente por el Presidente de la República, sino que eran agentes del Ejecutivo nacional⁶⁴¹.

Como se ha dicho anteriormente, a finales de los años ochenta, puede decirse que el régimen político entró en crisis, entre otros aspectos, por las exigencias de la de-

641 Cfr., Allan R. Brewer-Carías, “El Poder nacional, estatal y municipal”, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo II, Universidad Católica del Táchira y Editorial Jurídica Venezolana, San Cristóbal - Caracas, 1996, pp. 367 y ss.

mocratización. Más de 10 años de planteamientos políticos y de sacudimientos a la sociedad civil, condujeron a una toma de conciencia que se catalizó en los trabajos de la Comisión para la Reforma del Estado, y que condujeron, a fines de los ochenta, a la formulación de un proyecto de reforma del Estado en cuatro frentes: reforma electoral, reforma de los partidos políticos, reforma de la forma federal del Estado (descentralización política) y reforma municipal. El descontento popular, además, se había manifestado en las elecciones municipales durante la década de los ochenta, donde la alta abstención (en un país donde ésta nunca había sido superior al 7%) fue el detonante necesario para que los partidos políticos se dieran cuenta de la gravedad de la crisis y de la necesidad de realizar las reformas, como una cuestión de supervivencia del sistema. Así, a finales de la década de los ochenta, se sentaron las bases para la reforma político estatal, con la aprobación de leyes de descentralización política, de régimen municipal y de reforma electoral.

En todo caso, la discusión política pública del tema, condujo, en una primera fase, a la sanción en 1989, de la Ley relativa a la elección directa del órgano ejecutivo de los estados de la Federación, los gobernadores, buscando superar el esquema tradicional conforme al cual los gobernadores de los estados eran de la libre designación y remoción por el Presidente de la República y que reflejaba, sin duda, el esquema de Federación centralizada existente para ese momento.

Conforme a esa Ley sobre elección y remoción de los gobernadores de estado⁶⁴², la primera elección de gobernadores se efectuó en diciembre de 1989. Sin embargo, era evidente que por supuesto, el problema de la crisis del federalismo del Estado venezolano no se podía resolverse con la sola elección directa de los gobernadores por voto popular. Esa era, sin duda, una pieza importante que debía adoptarse en un proceso general de descentralización política a través de la redefinición del federalismo; pero reducir el problema a la sola elección directa de los gobernadores era confundir la parte con el todo, y no percatarse de que con una reforma de esa naturaleza, realizada en forma aislada, no se solucionaba el problema de fondo global, que era el del centralismo. En efecto, nada se ganaba con elegir a los gobernadores de estado si éstos no tenían materialmente atribuciones estatales que ejercer, ya que básicamente actuaban sólo como agentes del Ejecutivo nacional. Era necesario, por tanto, que se realizara un esfuerzo adicional para comenzar el proceso de convertir a los estados de la Federación en entidades con competencias autónomas de importancia, a los efectos de que la elección de los gobernadores fuera un paso más de avance en el proceso de descentralización política. Era indispensable, por tanto, iniciar el proceso de reformulación de la Federación centralizada, de manera de cambiar el sistema de distribución de competencias entre la República a los órganos que ejercen el poder nacional (federal) y los estados, cuyos órganos ejercen el poder estatal. En definitiva, se trataba de replantearse el sistema de distribución vertical del poder público, o, en otras palabras, los términos conforme a los cuales la Constitución de 1961 regulaba el Estado federal (art. 2).

Para ello se recurrió a lo que establecía el artículo 137 C. de 1961, en el cual se autorizaba al Congreso para con el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara (Diputados y Senadores), para atribuir a los estados o a los municipios determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descen-

642 V. en *Gaceta Oficial Extra*. n° 4.086 del 14 de abril de 1989.

tralización administrativa. Como consecuencia de ello se sancionó la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (LOD) de 28 de diciembre de 1989, que entró en vigencia el 1° de enero de 1990⁶⁴³.

Debe indicarse que en la Constitución de 1999 se recogió el mismo principio del artículo 137 C. de 1961, al disponer el artículo 157 que la Asamblea Nacional, por mayoría de sus integrantes, puede atribuir a los municipios o a los estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización, agregando el artículo 158 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”.

En la referida Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público se establecían las bases legislativas para la descentralización política de la Federación en Venezuela, mediante el reforzamiento del papel no sólo de los estados, sino incluso del antiguo Distrito Federal, al cual también debía extenderse la normativa de la Ley en la medida que fuera posible (art. 2). Dicha Ley Orgánica ha continuado en vigencia después de entrada en vigencia de la Constitución de 1999, y la Asamblea Nacional incluso ha reformado alguno de sus artículos en 2003, adaptando la terminología de su articulado al texto de la Constitución⁶⁴⁴.

Por tanto, dado que dicha Ley estableció las bases legales para la revitalización del federalismo en Venezuela, y aún cuando su ejecución se haya detenido a partir de 1995, a continuación analizaremos su contenido, partiendo de su objeto múltiple que se enumera en el artículo 1°, así:

1. Desarrollar los principios constitucionales para promover la descentralización administrativa;
2. Delimitar competencias entre el poder nacional y los estados;
4. Determinar las fuentes de ingresos de los estados;
5. Coordinar los planes anuales de inversión de las entidades federales con los que realice el Ejecutivo nacional en ellas; y
6. Facilitar la transferencia de la prestación de los servicios del poder nacional a los estados.

Debe señalarse que la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, a pesar de haber sido publicada a fines de 1989, tampoco durante sus primeros años de vigencia fue objeto de ejecución sistemática, ni el Gobierno Nacional definió su ejecución como una política gubernamental. La descentralización, inicialmente, solo consistió en una Ley Orgánica cuya ejecución parcial quedó en manos de las antiguas asambleas legislativas de los

643 V. en *Gaceta Oficial Extra*. n° 4.153 del 28 de diciembre de 1982. Cfr. en materia de descentralización política lo expuesto Allan R. Brewer-Carías, “Evolución histórica del Estado”, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo II, *cit.*, pp. 229 y ss.; 458 y ss.; y 536 y ss.; y t. II, “El Poder nacional, estatal y municipal”, *cit.*, y 394 y ss.

644 Ley de reforma de 14 de agosto de 2003, en *Gaceta Oficial* n° 37.753 del 14 de agosto de 2003.

estados, las cuales aprobaron algunas leyes estatales en el ámbito de las competencias concurrentes.

En realidad solo fue a partir de junio de 1993 y hasta febrero de 1994, cuando la descentralización se asumió como una política gubernamental, a cuyo efecto el Presidente de la República en Consejo de Ministros no sólo aprobó cerca de quince reglamentos de la Ley, sino que alentó el proceso, habiéndose suscrito los primeros convenios de transferencia de servicios en materia de competencias concurrentes, como la salud, entre la República y cinco de los estados de la Federación⁶⁴⁵. En esa tarea, fue fundamental la designación de un Ministro de Estado para la Descentralización⁶⁴⁶.

2. La enumeración de las competencias concurrentes entre los niveles del poder público

La Ley Orgánica, luego de repetir en su artículo 3° la enumeración de las competencias de los estados que realizaba el artículo 17 C. de 1961 (equivalente al artículo 164 C. de 1999), calificó algunas como “competencia exclusivas de los estados”, y estableció una lista de materias que se denominaron como “competencias concurrentes” y que vino a configurarse como el primer reconocimiento formal por parte de los órganos del poder nacional, en el sentido de que la Constitución permitía identificar esas materias concurrentes entre los diversos niveles del poder público, y que por tanto, correspondían por igual a la República (poder nacional), a los estados (poder estatal), y a los municipios (poder municipal).

En relación a esas materias, el artículo 4° LOD reconoció formalmente que en el país se había operado un proceso de centralización, en el sentido de que a pesar del carácter concurrente de las competencias, el poder nacional, sin embargo, las había venido asumiendo; y que por ello, en virtud de la nueva Ley, se establecía como una formulación de política estatal, el que dichas materias “serán transferidas progresivamente a los estados”.

En efecto, el artículo 4° LOD establece que en ejercicio de las competencias concurrentes que establece la Constitución, y conforme a los procedimientos que esta Ley señala, deben ser transferidos progresivamente a los estados, los siguientes servicios “que actualmente presta el Poder Nacional”:

- 1° La planificación, coordinación y proporción de su propio desarrollo integral, de conformidad con las leyes nacionales de la materia;
- 2° La protección de la familia y en especial del menor;
- 3° Mejorar las condiciones de vida de la población campesina;
- 4° La protección de las comunidades indígenas atendiendo a la preservación de su tradición cultural y la conservación de sus derechos sobre su territorio;
- 5° La educación, en los diversos niveles y modalidades del sistema educativo, de conformidad con las directrices y bases que establezca el Poder Nacional;

645 V. Informe sobre la Descentralización en Venezuela, 1993. Memoria del Dr. Allan R. Brewer-Carías, Ministro del Estado para la Descentralización, Caracas, 1994.

646 V. Decreto n° 3.032 de 7 de junio de 1993 en *Gaceta Oficial* n° 35.229 del 9 de junio de 1993.

- 6° La cultura en sus diversas manifestaciones, la protección y conservación de las obras, objetos y monumentos de valor histórico o artístico;
- 7° El deporte, la educación física y la recreación; 8°) Los servicios de empleo;
- 9° La formación de recursos humanos, y en especial los programas de aprendizaje, capacitación y perfeccionamiento profesional; y de bienestar de los trabajadores;
- 10° La promoción de la agricultura, la industria y el comercio; 11°) La conservación, defensa y mejoramiento del ambiente y los recursos naturales;
- 12° La ordenación del territorio del Estado de conformidad con la ley nacional;
- 13° La ejecución de las obras públicas de interés estatal con sujeción a las normas o procedimientos técnicos para obras de ingeniería y urbanismo establecidas por el Poder Nacional y Municipal, y la apertura y conservación de las vías de comunicación estatales;
- 14° La vivienda popular, urbana y rural;
- 15° La protección a los consumidores, de conformidad con lo dispuesto en las leyes nacionales;
- 16° La salud pública y la nutrición, observando la dirección técnica, las normas administrativas y la coordinación de los servicios destinados a la defensa de las mismas que disponga el Poder Nacional;
- 17° La investigación científica; y
- 18° La defensa civil.

Conforme al Parágrafo Único del artículo 1° del Reglamento Parcial n° 1 LOD, sobre transferencias de servicios y competencias a los estados y sobre los acuerdos previos a la transferencia de servicios y la cogestión, dictado por decreto n° 3.250 del 18 de noviembre de 1993⁶⁴⁷, se entiende por servicios la organización comprensiva del personal, de los bienes y de los recursos financieros que los órganos del poder nacional destinan para gestionar las materias que los estados asuman, de conformidad con los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica y en el Reglamento.

Las competencias concurrentes y los respectivos servicios establecidos en el artículo 4° LOD, constituyen actividades básicas dentro de las tareas del Estado, como servicios públicos que están destinados a la satisfacción de necesidades fundamentales de la sociedad en cada uno de los estados. De ellos, son de índole social: la educación, la salud, la protección de la familia y del menor, la atención a las comunidades indígenas, el mejoramiento de las condiciones de vida de la población campesina, los servicios de empleo, la formación de recursos humanos y de bienestar de los trabajadores, el deporte, la educación física y la recreación, la vivienda popular, urbana y rural.

Corresponden al plano cultural y científico, los servicios para la formación de la cultura, en sus diversas manifestaciones y la protección y conservación de obras, objetos y monumentos de valor histórico o artístico y la investigación científica.

Los servicios de índole económica están referidos a la planificación, coordinación y promoción del desarrollo integral del ámbito estatal, la promoción de la agricultura, la industria y el comercio y la protección a los consumidores.

647 V. el texto en *Gaceta Oficial* n° 3.250 del 18 de noviembre de 1993.

Entre los servicios de índole ambiental, ordenación territorial y de infraestructura están la conservación del territorio del estado, la ejecución de obras públicas de interés estatal y la prestación de servicios públicos.

En lo atinente a la seguridad y orden público está la defensa civil.

Este conjunto de servicios a ser transferidos progresivamente a los estados, constituye, en esencia, la descentralización negociada que anima la Ley Orgánica de Descentralización, mediante un proceso de concertación entre el poder nacional y los estados. Así se le debería dar respuesta a las exigencias de las regiones y comunidades en los campos social, económico, cultural, ambiental y de seguridad y orden público, aún cuando en el económico no se contempla una actividad productiva de tanta actualidad, como la información estadística y automatizada. Sin embargo, se trata de servicios que la dinámica del proceso de descentralización incluso incorporó de hecho en los acuerdos y convenios que se realizaron entre algunos estados y los órganos del poder nacional.

En algunos casos de servicios de orden social y ambiental territorial, como son la educación, la salud y la nutrición, la ordenación del territorio y la ejecución de obras públicas de interés estatal, más que una transferencia puede decirse que se trata de una delimitación de competencias entre los diversos niveles de gobierno.

Además de la anterior enumeración de servicios que el poder nacional reconoce como concurrentes y centralizados, a los efectos de su progresiva transferencia a los estados, la Ley Orgánica, en forma indirecta, establece otro conjunto de materias que se consideran como de competencias concurrentes, y que son “la prestación de los servicios públicos de agua, luz, teléfonos, transporte y gas”, respecto de los cuales la Ley no prescribe la necesaria transferencia progresiva a los estados, sino que se limita a establecer en el artículo 5.º LOD, como definición de política pública, que la prestación de esos servicios “podrá ser administrada por empresas venezolanas de carácter mixto, bien sean nacionales, estatales o municipales”, con lo que se abría campo a la privatización parcial de esos servicios, al preverse la constitución de empresas mixtas, es decir, con participación de capital privado, en aquellos casos en los cuales dichos servicios se prestasen por empresas públicas. Era el caso del antiguo Instituto Nacional de Obras Sanitarias (INOS) para los servicios de agua en todo el territorio nacional, que fue sustituido por las empresas Hidroven y las Hidro regionales y estatales; de la antigua Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE) en las áreas donde prestaba el servicio de luz, también descentralizada con la creación de empresas eléctricas regionales; de las empresas públicas de transporte aéreo, transporte terrestre o transporte marítimo; y de la antigua empresa CORPOVEN, filial de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA) que prestaba el servicio de gas.

La política de empresas mixtas mencionadas, podría originar empresas regionales (participación de varios estados y el poder nacional, como sucedió en algunos casos, de Hidros regionales), estatales (participación de los estados) o municipales (participación de los municipios).

3. El procedimiento para la transferencia de servicios

La Ley Orgánica estableció un procedimiento para la transferencia de los servicios del poder nacional a los estados que al momento de promulgarse la Ley estaban siendo prestados por el poder nacional (“actualmente prestados” dice el artículo 6° LOD) y que corresponden a las materias concurrentes establecidas en el antes mencionado artículo 4° LOD; procedimiento de carácter concertado, basado en la suscripción de “convenios” o contratos públicos intergubernamentales, entre los órganos nacionales y estatales. Este procesamiento fue reglamentado en el citado Reglamento Parcial n° 1 LOD⁶⁴⁸.

A. La iniciativa de la transferencia

La iniciativa para la realización de la transferencia de los servicios mencionados, puede partir de los dos niveles interesados; tanto del nivel nacional como del nivel estatal.

En efecto, en primer lugar, la iniciativa para la transferencia puede partir del nivel estatal y, en particular, del gobernador del estado. En este caso, cuando el Gobernador considere que la Administración estatal pueda asumir la prestación de un servicio de los mencionados, debe hacer una solicitud al Ejecutivo nacional, a través del Ministro de Interior y Justicia, a cuyo efecto debe oír previamente la opinión del consejo legislativo o de su comisión delegada (art. 6.1). La Ley Orgánica sólo establece el carácter obligatorio de esta consulta pero no establece que sea vinculante, por lo que aun en el supuesto de que el consejo legislativo expresase una opinión desfavorable, el Gobernador, en todo caso, podría formular la solicitud de transferencia al Ejecutivo nacional.

En estos casos de iniciativa para la realización de la transferencia de parte del gobernador de un estado, el Ministro de Interior y Justicia debe someter el programa de transferencia del servicio, en un lapso de 90 días, a la aprobación de la Asamblea Nacional o de su Comisión Delegada, el cual deberá contener, como mínimo, conforme a los artículos 2, 3 y 6 del Reglamento Parcial n° 1, lo siguiente:

1. Las disposiciones constitucionales y legales que justifiquen cada transferencia, así como la identificación de los servicios nacionales afectados y la organización de la Administración Pública nacional a los que éstos están adscritos o que sea responsable de los mismos.
2. La determinación de las funciones y competencias, que corresponden al estado, incluidas las de supervisión, inspección y control, que quedan reservados a la Administración Pública nacional.
3. La especificación de los órganos y unidades, así como en su caso, de las entidades descentralizadas y establecimientos objeto de transferencia.
4. La relación detallada del personal objeto de transferencia, con indicación de su categoría, condiciones de empleo y retribución y situación administrativa.
5. El inventario detallado de los bienes inmuebles y muebles, así como de los restantes derechos y obligaciones, objeto de transferencia.

648 Dictado por el citado decreto n° 3.250 del 13 de diciembre de 1993, *Gaceta Oficial* n° 35.359 de 13 de diciembre de 1993.

6. La valoración definitiva o en su defecto provisional del costo del servicio o los servicios a transferir.
7. La determinación de la capacidad económica y administrativa del Estado para la asunción de los servicios que se solicitan.
8. El inventario de la documentación administrativa relativa al servicio objeto de transferencia.
9. El cronograma detallado del proceso de la transferencia del servicio solicitado.

Aún cuando el artículo 3° del Reglamento parcial n° 1 LOD establece el contenido mínimo de los programas de transferencia que deben formular los gobernadores, debe indicarse que dicho programa de transferencias debe incluir los bienes y recursos financieros, así como los mecanismos específicos de supervisión y coordinación de cada uno de los servicios objeto del programa de transferencia. En tal sentido, los bienes muebles e inmuebles asignados al servicio a transferir, que antes de la transferencia sean propiedad de la República por órgano del ministerio u organismo adscrito o instituto autónomo, deben pasar a propiedad de los estados.

El personal que labore en el servicio a transferir, por su parte, también debe pasar a la Administración estatal con las mismas condiciones laborales existentes para el momento de la transferencia.

Asimismo, los recursos asignados por el poder nacional a la prestación del servicio, deben ser transferidos a los estados incorporando a los presupuestos nacionales y estatales la partida correspondiente al servicio transferido. Esta partida inicial se debe ajustar anualmente de acuerdo a la variación de los ingresos ordinarios.

En el segundo párrafo del artículo 7° LOD, se establece que los consejos legislativos, previa aprobación del Gobernador, deben ratificar o no el acuerdo de la Asamblea nacional en un lapso de 30 días. En caso afirmativo, el gobernador le debe poner el ejecútese y se debe proceder a la celebración de los convenios respectivos, de conformidad con lo establecido en el artículo 6.2, 3, 4 y 5 LOD.

El Ejecutivo nacional, en estos casos, no puede rechazar la iniciativa del gobernador, sino que debe limitarse, por órgano del Ministro de Interior y Justicia, a someter el programa a la Asamblea nacional, incluyendo en el mismo las transferencias de bienes del personal y de los recursos financieros, así como la previsión de los mecanismos específicos de supervisión y de coordinación de cada uno de los servicios (art. 6.2).

La Ley Orgánica no precisa las facultades de la Asamblea Nacional, pero al establecer que la propuesta debe ser sometida a su aprobación, ello implica que el órgano legislativo podría negarla, por lo que en los casos de iniciativa de transferencia de servicios por parte de un gobernador, ésta sólo podría ser negada si la Asamblea Nacional no le da su aprobación.

En segundo lugar, la Ley Orgánica también establece la posibilidad de que la iniciativa de la transferencia de competencias parta del Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Interior y Justicia, Despacho al cual corresponde llevar adelante el proceso de descentralización en todo aquello que compete al Ejecutivo Nacional (art. 34). En estos casos, el Ministro debe formular la propuesta de transferir el servicio, a la Asamblea Nacional, y en este caso la Ley es expresa en cuanto a la facultad que le confiere a la Asamblea para acordar o negar la transferencia y modalida-

des de la misma. En caso de acuerdo, la Asamblea Nacional debe informar de su decisión a los consejos legislativos respectivos (art. 7°).

Conforme al artículo 3° del Reglamento Parcial n° 1 LOD, cuando la iniciativa para la transferencia la asuma el Ejecutivo nacional, ésta debe ejercerse mediante la elaboración y presentación a la Asamblea nacional de una solicitud en la cual se especifique, como mínimo:

1. Las disposiciones constitucionales y legales que justifiquen cada transferencia, así como la identificación de los servicios nacionales afectados y la organización de la Administración Pública nacional a los que estos están adscritos o que sea responsable de los mismos.
2. La especificación de los órganos y unidades, así como en su caso, de las entidades descentralizadas y establecimientos objeto de transferencia.
3. La relación detallada del personal objeto de transferencia, con indicación de su categoría, condiciones de empleo y retribución y situación administrativa.
4. El inventario detallado de los bienes e inmuebles, así como de los restantes derechos y obligaciones, objeto de transferencia.
5. La valoración definitiva o en su defecto provisional del costo del servicio o los servicios a transferir.
6. El inventario de la documentación administrativa relativa al servicio objeto de transferencia.

En todo caso, las solicitudes de transferencia que formule el Ejecutivo nacional deben basarse en un estudio previo de su procedencia y justificación que debe someterse a la consideración de la Comisión Nacional para la Descentralización que en su momento estableció el Reglamento Parcial n° 2 LOD contenido en el decreto n° 3.085 del 22 de julio de 1993 (art. 4°).

Con posterioridad a la deliberación de la Comisión Nacional para la Descentralización, en el artículo 4.° del Reglamento parcial n° 1 LOD se prevé que el Ejecutivo nacional debe iniciar un proceso de negociación y acuerdo con el gobierno del estado respectivo en el seno de los grupos de trabajo establecidos en el artículo 6.° del Reglamento parcial n° 2 LOD contenido en el decreto n° 3.805 del 22 de julio de 1993, el cual se debe realizar en un lapso de 90 días; lapso dentro del cual se debe elaborar el programa de transferencia, el cual debe contener los elementos establecidos en los artículos 3.° y 6° del Reglamento Parcial n° 7

Logrado el acuerdo sobre el programa de transferencia, se debe proceder de conformidad a lo establecido en el artículo 7° de la Ley Orgánica de Descentralización, y el convenio a suscribirse debe entonces ajustarse al contenido mínimo señalado en el artículo 8° del Reglamento Parcial n° 1 LOD.

En estos casos de iniciativa del Ejecutivo Nacional, los consejos legislativos deben ratificar o no el acuerdo de la Asamblea Nacional en un lapso de 30 días, y sólo en caso de que sea ratificado, el gobernador respectivo debe ponerle el ejecútese a la decisión del consejo, sin que tenga posibilidad legal de oponerse a ello.

B. Las etapas del procedimiento de las transferencias de servicios

De acuerdo al Reglamento Parcial n° 1 LOD, cuando la iniciativa de la transferencia provenga del gobernador del estado, éste debe presentar las solicitudes de acuer-

do a lo establecido en el artículo 2° del Reglamento, al consejo legislativo respectivo, y posteriormente, lo debe hacer ante el Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio de Interior y Justicia.

Una vez presentada la solicitud de transferencia al Ejecutivo Nacional, dicho ministerio debe iniciar un proceso de negociación y acuerdo sobre ésta, en el seno de los grupos de trabajo establecidos en el artículo 6° del Reglamento n° 2 LOD, contenido en el decreto n° 3.085 del 22 de julio de 1993, el cual debe realizarse en un lapso de 90 días; lapso dentro del cual debe elaborarse el programa de transferencia con el contenido ya indicado (art. 6°).

Logrado el acuerdo sobre el programa de transferencia, el Ejecutivo nacional debe someterlo a la consideración de la Asamblea Nacional (art. 7°).

Ahora bien, si se observa el procedimiento administrativo para la transferencia de competencias y de servicios, éste se ajusta a una secuencia de etapas y a una serie de requisitos a cumplir por los organismos que constituyen las partes del convenio. El proceso comienza por una primera etapa donde se establece la prioridad en cuanto a los términos de los servicios a transferir y los objetivos que con el mismo se persiguen. Es una manera de jerarquizar las áreas a transferir, de establecer los términos en que se realiza la transferencia del servicio y los propósitos estratégicos que se pretenden alcanzar con la transferencia. Paralelamente, en esta etapa se deben determinar las potencialidades y limitaciones del ámbito estatal y/o local, para llevar a cabo el proceso de transferencia. Significa realizar una evaluación técnica, administrativa, financiera y política que permita determinar la capacidad y factibilidad entre los poderes estatales y locales, para cumplir de manera eficiente y oportuna con las exigencias del proceso.

Una segunda etapa implica la elaboración del proyecto de transferencia, el cual debe contener claramente definidos los diferentes actores que participan en el proceso, los objetivos y alcances del programa de transferencia en distintos horizontes de tiempo, las modalidades y mecanismos de negociación, las funciones y competencias para los diferentes niveles de gobierno, los recursos y fuentes financieras para el desarrollo del programa, y la asignación de recursos económicos, materiales y bienes y la organización del personal en el programa. Finalmente, también debe contener, la gestión del proceso que se define en el artículo 6° LOD, y en el Reglamento Parcial n° 1 LOD.

Una tercera etapa encierra el procedimiento administrativo del proceso de transferencia, su control, seguimiento y evaluación.

Es evidente que el proceso de transferencia tiene que cumplir una serie de requisitos tanto a nivel de los organismos estatales y/o municipales, como a nivel del poder nacional. En este contexto, las Gobernaciones y los municipios deben modernizar sus estructuras organizativas, a fin de adecuarlas a las exigencias que impone la transferencia de los servicios, de tal manera que el manejo de las transferencias se haga de la forma más eficiente. En consecuencia, es necesario establecer una organización multiforme, flexible y participativa, que permita sobreponerse a las estructuras básicas de las organizaciones tradicionales, excesivamente burocratizadas, estratificadas y centralizadas. Se hace imprescindible estructurar una organización en las gobernaciones y en los municipios, con objetivos claros que guíen su acción, dotadas con normas, procedimientos y mecanismos para una adecuada gestión, y un sistema de toma de decisiones que prive sobre criterios personales o partidistas.

Un sistema de gestión moderno y eficiente debe demostrar capacidad técnica, administrativa, de negociación, financiera y organizativa, para cumplir con las exigencias del proceso de transferencia. El nivel central, a su vez debe contar con estructuras desconcentradas en el área a transferir y brindar apoyo técnico, administrativo y financiero a los niveles estatales y municipales.

C. Los acuerdos previos a la transferencia de servicios y la cogestión de los servicios susceptibles de transferencia

El decreto n° 3.250 del 18 de noviembre de 1993 sobre el Reglamento Parcial n° 1 LOD, en su artículo 23 dispone que, antes de la presentación de las solicitudes de transferencia, de conformidad con las previsiones contenidas en los artículos 6° y 7° LOD, tanto los gobernadores como el Ejecutivo nacional, pueden manifestar a la contraparte en ejercicio del derecho de iniciativa que les corresponde, su disposición a celebrar un acuerdo previo a la transferencia y a la ejecución de un período previo de cogestión del servicio o servicios de que se trate. El acuerdo previo a la transferencia del servicio debe ser celebrado por el Ministro de Interior y Justicia, el ministro al que le corresponda el servicio y el gobernador del estado respectivo, en un lapso no mayor de un mes.

Cuando la iniciativa provenga del Ejecutivo Nacional, antes de la firma del acuerdo, éste debe ser sometido a la consideración de la Comisión Nacional para la Descentralización establecida en el Reglamento Parcial n° 2 LOD.

El artículo 25 del Reglamento Parcial n° 1 LOD establece los aspectos mínimos que debe contener el acuerdo previo a la transferencia, así:

1. Los términos, las condiciones y el alcance de la participación de la gobernación respectiva en la gestión del servicio de que se trate, incluida la participación económico financiera.
2. La designación del director o coordinador de la dependencia ministerial a la que esté adscrito el servicio solicitado, conforme a lo establecido en el Reglamento n° 4° LOD.
3. La constitución de una comisión mixta integrada como mínimo por tres representantes del Ejecutivo nacional y tres por la gobernación del estado.

Esta comisión, de acuerdo con el artículo 26 de la ley Orgánica, tiene las siguientes atribuciones:

- a. Realizar los estudios necesarios para formular el proyecto del programa de transferencia del servicio en los aspectos organizativos, financieros, funcionales, de infraestructura, de personal y del cronograma de la transferencia, asimismo como del proyecto de convenio a suscribirse entre las partes. Art. 26 ord. 1.
- b. Hacer el seguimiento y evaluación de la cogestión del servicio y resolver, en su caso, las diferencias y dificultades que pudieran surgir. Art. 26 ord. 2.
- c. Estudiar las propuestas que presenten las organizaciones no gubernamentales y autoridades, e informar a los ministros y gobernadores. Art. 26 ord. 3.
- d. Asesorar la modernización organizacional de los despachos que recibirán los servicios a transferirse, así como fomentar el desarrollo de las capacidades de gestión, la profesionalización de la gerencia y la creación de mecanismos de participación de la comunidad en los servicios a transferirse. Art. 26 ord. 4.
- e. Asesorar a los ministros y gobernadores y cualquier otra atribución que estos funcionarios encomienden de común acuerdo. Art. 26 ord. 5.

Los artículos 27, 28 y 29 establecen el lapso en el cual la comisión mixta prevista en el artículo 26 del Reglamento Parcial n° 1 LOD debe presentar al Ejecutivo nacional y a la gobernación del estado, el proyecto del programa de transferencia del servicio. El lapso no debe exceder de 2 años, contados a partir de la celebración del acuerdo previo. Una vez que el proyecto del programa de transferencia sea aprobado por las partes, se debe proceder según lo establecido en los artículos 6° y 7° LOD, según sea el caso y con lo establecido en el Reglamento Parcial n° 1 LOD. El acuerdo previo finalizará con la firma del convenio de transferencia del servicio.

A título de ejemplo, podría concebirse un acuerdo tipo entre los órganos del poder nacional y la gobernación del estado para la regulación de la presentación de un servicio en proceso de transferencia; etapa previa a la elaboración del programa de transferencia y a la firma del respectivo convenio, que requiere de ciertas pautas.

Dichos acuerdos deberían comenzar por identificar las partes intervinientes y a las personas que las representan, así como el objetivo, que es la promoción de transferencia de servicios específicos de conformidad con lo establecido en el artículo 4.° LOD y el Reglamento Parcial n° 1 LOD.

La primera cláusula debería referirse a la intención de acordar en la regulación de las relaciones interinstitucionales, en la etapa previa a la transferencia del servicio de que se trate.

Mediante la segunda cláusula se debería acordar la designación del funcionario responsable de la dirección del servicio en el estado de acuerdo con el Reglamento Parcial n° 4 LOD.

La tercera cláusula debería asignar las funciones de coordinación y ejecución del servicio al Ejecutivo del estado, de acuerdo con los lineamientos nacionales, como ente rector del mismo.

La cuarta cláusula debería crear una comisión mixta que tiene la importante tarea de elaborar el programa de transferencia que ha de conocer la Asamblea Nacional. En esta comisión mixta debe participar un representante del Ministerio de Interior y Justicia, uno del organismo que transfiere el servicio y otro del Ejecutivo estatal.

La quinta cláusula debería facultar a la comisión mixta para formular el programa de transferencia del servicio y su cronograma, oír la opinión de entidades no gubernamentales e informar a los signatarios del acuerdo, recomendar fórmulas para mejorar la gestión del servicio y presentar el programa a los jefes de los organismos involucrados, a quienes además también podrían asesorar.

El acuerdo requiere de un cruce de información permanente entre los organismos signatarios en relación con el servicio.

D. Los principios de la desconcentración administrativa nacional

Con motivo de regular las bases para el proceso de transferencia de competencias concurrentes del nivel nacional al de los estados, la Ley Orgánica estableció como obligación del Ejecutivo nacional el impulsar “la descentralización y la desconcentración de funciones dentro de sus respectivas dependencias, a fin de facilitar la celebración de los convenios para la transferencia de la prestación de servicios específicos”. Además, dicha norma estableció el principio de que la contratación y eje-

cución de las obras debe siempre corresponder “a unidades desconcentradas de los organismos nacionales a nivel de cada estado, bajo la coordinación del gobernador” (art. 9).

En todo caso el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministro de Interior y Justicia, debe informar anualmente a la Asamblea Nacional de las realizaciones en materia de descentralización y desconcentración (art. 10).

4 Los convenios de transferencia

A. El marco regulador

En todo caso, conforme al procedimiento antes mencionado, si el programa de transferencia es aprobado, debe procederse a la celebración de un convenio entre la República, por órgano del Ministro de Interior y Justicia y el gobernador del estado respectivo, (art. 6.2 a 6.5 y art. 7 LOD), el cual conforme al artículo 8° del Reglamento parcial n° 1 LOD, deben contener, como mínimo, los aspectos siguientes:

1. Objeto del convenio, alcance y cronograma de la transferencia.
2. La delimitación de competencias entre el poder nacional y el estado correspondiente, en la materia de que se trate.
3. Normas que definan la supervisión técnica, asesoría, administración de la gestión, participación de la comunidad de ser procedente, así como la evaluación y control del servicio a transferir.
4. Los aspectos referidos al personal que se transfiere, su gestión futura y la política de personal, las condiciones laborales, el tratamiento de las prestaciones sociales, sus intereses y su valor, así como lo relativo al entrenamiento del personal.
5. Los bienes adscritos a los servicios transferidos, señalando la forma en que se realizará la transferencia de éstos y su inventario.
6. Los recursos financieros, indicando el régimen presupuestario que se adoptará y la manera en que se considerarán los recursos internacionales, si los hubiese; el tratamiento de las obligaciones contraídas con terceros y la revisión periódica de los procedimientos de asignación de recursos.
7. Los aspectos relativos a la coordinación y cooperación en la prestación de los servicios, indicando la coordinación y cooperación con las alcaldías, el suministro de información, la compatibilidad de planes y proyectos y la cooperación internacional.
8. Aspectos relativos al proceso de descentralización y desconcentración de los servicios transferidos hacia los municipios, pudiendo establecerse figuras como la cogestión de servicios entre los niveles estatal y municipal.
9. El establecimiento de comisiones de seguimiento de las transferencias, constituidas entre el Ejecutivo nacional y estatal para la supervisión del cronograma acordado, y resolver las dudas y controversias que pudieran presentarse en la ejecución del programa de transferencia y el cumplimiento de los otros convenios que se firmen con relación a los servicios transferidos.
10. Las disposiciones finales necesarias referidas a los diferentes anexos al convenio, a su modificación, su revisión y al domicilio de éste.

B. El objeto, alcance y cronograma de la transferencia

El objeto del convenio debe hacer referencia a los propósitos y a los lineamientos de la transferencia del poder nacional al estado, de conformidad con el programa de la misma aprobado por el Senado y publicado en la *Gaceta Oficial*.

El alcance de la transferencia debe referirse al órgano que transfiere el o los servicios, en este caso el ministerio u organismo adscrito y al órgano que recibe el servicio determinado en el convenio, en este caso el gobierno del estado. Debe incluir lo especificado en el programa de transferencia, relativo a los recursos humanos que laboran en ellos, los bienes muebles e inmuebles y los recursos financieros que tienen asignados en el estado el organismo del poder nacional que transfiere el servicio. En el caso de que funcionen en el estado otros entes autónomos adscritos al ente rector prestador del servicio y, siempre que dichos servicios sean transferibles, se pueden celebrar convenios específicos complementarios al convenio principal. Por ejemplo, es el caso de los servicios de salud prestados por el Ministerio de Salud y por órganos adscritos.

El cronograma de la transferencia se refiere a los lapsos para que opere la misma, en forma efectiva, respecto de los servicios a los que se refiere el convenio. Debe tenerse en cuenta que la transferencia puede hacerse de manera progresiva, según el tipo de servicios de que se trate y que la transferencia deberá realizarse dentro de un plazo de 90 días continuos, contados a partir de la fecha de aprobación del cronograma por la comisión de alto nivel, creada al momento de la firma del convenio e integrada por dos representantes de la gobernación del estado, uno del Ministerio de Interior y Justicia y dos del ministerio o instituto que transfiere el servicio.

C. La delimitación de responsabilidades inter gubernamentales

Uno de los asuntos más importantes de la descentralización es el establecimiento de las responsabilidades correspondientes a cada nivel territorial de gobierno; tarea que se deja al proceso de negociaciones entre cada ministerio o instituto autónomo y las gobernaciones del estado.

En tal sentido, no existe un patrón único para fijar las responsabilidades o funciones propias que corresponden al poder nacional, por cuanto ello depende de la naturaleza, objeto, funciones y características de cada organismo en particular. Sin embargo, con base en los antecedentes expuestos y las negociaciones concluidas en 1993 en relación con el sector salud, se pueden establecer las siguientes, como funciones propias de los órganos del Poder Nacional: la planificación del servicio a nivel nacional; la definición de las políticas nacionales; las relaciones internacionales en la materia; el establecimiento de la normativa general del servicio; la evaluación de los procesos y resultados y la normativa sobre la evaluación del servicio; el establecimiento, seguimiento y control del sistema nacional de información y estadística; la asistencia financiera, técnica y científica del sector o servicio; el establecimiento de las políticas de adiestramiento y capacitación del personal; la fijación de los indicadores de la prestación del servicio; y la cooperación con los estados y municipios para la adecuada gestión del servicio.

En cuanto a las responsabilidades a nivel estatal, las mismas se refieren, en general, a la gestión operativa del servicio, es decir, a la prestación directa de los servicios, construcción de obras y gestión administrativa correspondiente. Así, en general se puede plantear que serían responsabilidades de cada estado: la formulación de los planes y programas estatales en la materia, en cumplimiento de las políticas nacionales del sector; la administración de los órganos y servicios del sector en cada Estado; la formulación y ejecución del presupuesto estatal; la construcción y mantenimiento de la infraestructura e instalaciones estatales para la prestación del servicio; la gestión del personal, incluyendo la selección, dirección, organización, administración, programación, supervisión y evaluación; la adquisición, administración, distribución y asignación de los equipos y suministros de los servicios transferidos; la administración del sistema estatal de estadística e informática y de su inserción en el sistema nacional sectorial; la ejecución de las políticas nacionales de adiestramiento y capacitación de personal; la captación y asignación de recursos para el financiamiento del servicio; y el establecimiento de los mecanismos de participación de la sociedad civil en la gestión del servicio.

D. Las condiciones de ejercicio de las competencias

El ejercicio de las competencias por las partes involucradas en el convenio debe realizarse observando un conjunto de condiciones relativas a la normativa legal vigente, a normas y procedimientos, a asesoría en materia de programas de inversión, de ejecución física de obras y de asesoría en la elaboración del presupuesto; sobre mecanismos de modernización de administración y gestión, mecanismos de participación de la comunidad y normas de evaluación y control. Todas estas son condiciones para el ejercicio eficiente dentro de la rigurosidad legal y técnico-administrativa que exige observar el convenio.

En efecto, el gobierno estatal debe tomar en consideración los criterios de dirección técnica, normas administrativas y de coordinación relacionadas, establecidas en las leyes nacionales en sus reglamentos, resoluciones y demás normas en vigencia que rigen la materia sobre el servicio transferido.

Por otra parte, los manuales de normas y procedimientos establecidos para la ejecución de los programas del o de los servicios transferidos, deben ser los instrumentos a aplicarse en el proceso de supervisión técnico normativa, tanto por parte de las autoridades estatales como nacionales, dadas las exigencias que impone administrar adecuadamente el servicio.

En cuanto a la asesoría y aprobación de programas de inversión, se trata de la asesoría que debe brindar el ministerio u organismo adscrito que transfiere el servicio en cuanto a programas y proyectos de construcción, remodelación y ampliación de obras y edificaciones relacionadas con el servicio transferido.

Además, a solicitud de la autoridad regional, el ministerio u organismo adscrito respectivo debe brindar asesoría en materia de los presupuestos programas anuales, de acuerdo con la normativa y los procedimientos establecidos por el poder nacional.

En cuanto a la administración de la gestión, se refiere a la modernización de la estructura organizativa de las gobernaciones, en particular en cuanto al establecimien-

to de mecanismos que le permitan cumplir una gestión moderna, ágil y eficiente, en relación con el servicio transferido. Se hace imprescindible establecer una organización que posea mecanismos de gestión adecuados y un sistema de toma de decisiones que supere los criterios personalistas.

Por otra parte, la participación de la comunidad debe asegurarse, mediante la creación de los mecanismos y las instancias a través de la promoción de las organizaciones sociales con interés en el servicio transferido, tanto a nivel estatal como municipal.

Por último, en cuanto a los trámites y procedimientos administrativos en curso de tramitación correspondiente a los servicios objeto de transferencia, deben entregarse al estado para su resolución, a la fecha de entrada en vigor de la transferencia de que se trate. En este contexto, el artículo 11 del Reglamento Parcial n° 1 LOD, añade, además, que los recursos administrativos que se puedan formular contra las decisiones ya adoptadas por la Administración Pública Nacional se deben tramitar y resolver por éstos

. Asimismo, agrega, que las consecuencias económicas de todo orden que se deriven de las resoluciones corren a cargo de la instancia territorial que adopte la recepción definitiva. La entrega de toda clase de bienes, derechos y obligaciones, debe ser finalizada en un acta levantada al efecto, en la que debe quedar constancia de la recepción por el Estado.

En lo relativo a las concesiones y contratos administrativos con terceros, el Estado beneficiario de la transferencia se debe responsabilizar de los derechos y deberes de la Administración Pública nacional desde la fecha de entrada en vigor de la transferencia.

El personal adscrito a los servicios, objeto de transferencia incluido en el programa de transferencia aprobado, pasa a depender del estado y forma parte, a todos los efectos, de su personal, a partir de la fecha de entrada en vigor de la correspondiente transferencia.

E. Los recursos financieros del servicio

La República debe garantizar el financiamiento de los servicios objeto de transferencia con una cantidad anual por lo menos igual al costo real de los servicios, a partir de la fecha de entrada en vigor de la transferencia.

A tal efecto, el artículo 6.5 LOD establece que los recursos asignados por el poder nacional a la prestación del servicio deben ser transferidos a los estados, incorporando a los presupuestos nacionales y estatales la partida correspondiente al servicio transferido. Esta partida se debe ajustar anualmente de acuerdo a la variación de ingresos ordinarios.

De acuerdo con lo establecido en dicha Ley, el Ejecutivo nacional debe transferir a la gobernación del estado durante el ejercicio fiscal del correspondiente año, los recursos equivalentes al monto de créditos asignados en la Ley de presupuesto del año fiscal en referencia a los programas del ministerio u organismo adscrito, para financiar los gastos del servicio que se transfiere. Para cada año sucesivo, el monto de transferencia anual que debe hacer el Ejecutivo nacional a la gobernación del estado, debe ser el monto que resulte de ajustar el monto transferido en el año inme-

diatamente anterior de acuerdo a la variación de los ingresos estimados en la Ley de presupuesto del respectivo año. Los recursos asignados en el presupuesto nacional deben ser traspasados a las partidas correspondientes según el clasificador de partidas del presupuesto y luego transferidos a la gobernación del estado para su ejecución presupuestaria.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 17 del Reglamento Parcial n° 1 LOD, los órganos del poder nacional correspondientes deben contribuir con el financiamiento de los servicios transferidos, mediante la asignación anual de recursos presupuestarios a los estados, que se deben calcular tomando como base inicial, el monto de los recursos destinados a financiar el costo real del servicio transferido contenidos en la Ley de Presupuesto vigente para el momento de la transferencia.

Para cada año sucesivo, el monto de la transferencia anual que debe hacer el Ejecutivo nacional a la gobernación del estado correspondiente conforme al artículo 6.5 LOD, debe corresponder a la cantidad que resulte de ajustar el monto transferido el año anterior de acuerdo a la variación de los ingresos ordinarios estimados en la Ley de Presupuesto del año respectivo.

Ahora bien, a los efectos de calcular el monto de los recursos presupuestarios a ser transferidos a los estados, el artículo 18 del Reglamento parcial n° 1 LOD dispone que el costo real del servicio respectivo se debe determinar sumando:

1. El costo directo, que es la suma de los gastos de personal y de funcionamiento directamente vinculados a la prestación del servicio de que se trate en el estado respectivo, relativos a las tareas que deben desarrollarse para la producción del mismo.
2. El costo indirecto, que es la suma de los gastos de personal y de funcionamiento necesarios para realizar las funciones de apoyo, dirección y coordinación del servicio de que se trate en el estado respectivo, y que corresponda tanto a la unidad tomada como referencia a aquellas otras que colateralmente intervengan en la producción del servicio.
3. Al gasto de inversión, compuesto únicamente por los correspondientes a las acciones de conservación, mejora y sustitución de capital fijo destinado a la prestación del servicio de que se trate en el estado respectivo y, por tanto, exclusivamente los necesarios para mantener el nivel de funcionamiento del servicio.

En todo caso, en el presupuesto nacional, las cantidades que resulten conforme a lo establecido en los artículos antes indicados, se deben traspasar a la partida 60 del clasificador de partidas del presupuesto, a los efectos de ser transferidos mediante dozavos a la gobernación del estado respectivo, en cuyo Presupuesto anual debe establecerse ese ingreso, como ingreso extraordinaria, a los efectos de su ejecución presupuestaria.

Si como consecuencia de la firma de convenios con organismos internacionales el ministerio u organismo adscrito obtiene de fuentes financieras de carácter internacional recursos atinentes al servicio objeto del convenio de transferencia, estos recursos, en la proporción correspondiente, deben ser transferidos al estado a los fines de ser aplicados a los referidos programas.

A los fines de ajustar los recursos financieros a ser previstos en los proyectos de Ley de Presupuesto, el Ejecutivo Nacional y la gobernación del estado deben convenir en revisar las normas y procedimientos para la asignación de los recursos financieros sucesivos, a fin de incorporar, de manera concertada, criterios, métodos y procedimientos que garanticen una mayor coherencia y vinculación entre los requere-

rimientos de recursos financieros con las exigencias del servicio transferido. Asimismo, la revisión periódica debe permitir ajustar los recursos financieros a ser previstos en los presupuestos, en función de los ingresos del estado y de los gastos que deben realizar.

F. El régimen del personal

De acuerdo con el artículo 14 del Reglamento Parcial n° 1 LOD, el personal adscrito a los servicios objeto de transferencia que sea incluido en el programa aprobado, a partir del momento en que se haga efectiva la transferencia queda sometido al sistema de administración de personal que rige en la gobernación del estado respectivo.

En consecuencia, en relación a los funcionarios o empleados públicos de los servicios transferidos, éstos pasan a ser funcionarios o empleados estatales, por lo que se regirán por las leyes de estatuto de la función pública de los estados, dictadas por el correspondiente consejo legislativo.

En todo caso, dispone el mismo artículo, que en los Reglamentos de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público que se dicten para normar las transferencias de servicios en sectores específicos, se pueden establecer las modalidades del régimen de aplicación de estas normas.

La consecuencia del cambio de régimen jurídico, en todo caso implica que a partir del momento en que se haga efectiva la transferencia de los funcionarios o trabajadores, los respectivos cargos nacionales deben ser eliminados del registro nacional de asignación de cargos.

Debe señalarse, además, que el ministerio transferente debe notificar al personal de manera individual y por escrito, su paso a la Administración de la gobernación; asimismo debe notificar al Ministerio del Trabajo, al Ministerio de Planificación, al Ministerio de Finanzas, al Ejecutivo estatal y a los demás entes indicados en la Ley.

Por último, en general deben exceptuarse del proceso de transferencia de personal aquél que haya sido jubilado, el incapacitado, el que se encuentre en proceso de jubilación, y el que estando en nómina no preste sus servicios en la entidad federal receptora del servicio, o no los preste por razones de salud.

En todo caso, el cumplimiento efectivo de la transferencia de personal debe ser sometido a la revisión por las partes dentro de un lapso no mayor a los 90 días, contados a partir de la firma del convenio.

El personal del servicio transferido queda sometido, desde el momento de la firma del convenio, al sistema de administración que rige en la gobernación del estado, sin que se le pueda desmejorar en las condiciones de trabajo de las que disfrutaba al momento de su traslado administrativo a la gobernación.

Conforme al artículo 6.4 LOD, el personal transferido debe disfrutar de las mismas condiciones laborales existentes al momento de la transferencia del servicio, a cuyo efecto las condiciones laborales se deben indicar en el listado de convenciones colectivas que se deben anexar al convenio.

Conforme a estos lineamientos, el artículo 15 del Reglamento Parcial n° 1 LOD insiste en que el personal debe ser transferido en las mismas condiciones laborales existentes para el momento de la transferencia. En consecuencia, en el convenio de transferencia debe garantizarse al personal del servicio transferido, la remuneración y demás derechos reconocidos en las leyes, contratos, convenios y acuerdos que para el momento de la transferencia se hayan celebrado con el órgano nacional correspondiente.

En todo caso, la gobernación del estado debe garantizar al personal del servicio transferido la remuneración y demás derechos reconocidos en las leyes, contratos, convenios vigentes y acuerdos celebrados por el ministerio u organismos adscritos. A su vez, el Ejecutivo nacional debe obligarse a tramitar ante los organismos competentes, en un lapso no mayor de 90 días a partir de la firma del convenio, el traspaso del monto de las partidas de los fondos correspondientes para cancelar todas las obligaciones legales o contractuales causadas y, aún no pagadas, provenientes de los contratos colectivos, convenios, convenciones, acuerdos laudos, actas convenios o cualquier documento contentivo de dichas obligaciones vigentes, celebrados por el ministerio u organismos adscritos, antes de la firma del convenio.

Por otra parte, la consecuencia de la transferencia de personal conforme al artículo 10 del Reglamento parcial n° 1 LOD, es que el estado beneficiario de la transferencia queda automáticamente subrogado, en la fecha en que ésta entre en vigor, en los derechos y las obligaciones de la Administración Pública nacional por razón de la relación de empleo con todos y cada uno de los miembros del personal transferido, a menos que las partes acuerden otra forma de cancelar los derechos y obligaciones con los trabajadores, anteriores a la transferencia del servicio.

Este régimen general, en todo caso, conforme al Parágrafo Único del artículo 16 del mismo Reglamento Parcial n° 1 LOD, puede ser modificado en los reglamentos de la Ley Orgánica de Descentralización que regulen la transferencia de competencias y servicios en sectores específicos, en los cuales puede establecerse otro régimen para la cancelación de los pasivos laborales.

En el sector salud, por ejemplo, en los convenios de transferencia de competencias que se celebraron en 1993 con los Estados Aragua, Bolívar, Carabobo, Falcón y Anzoátegui⁶⁴⁹, se estableció que el pago de las prestaciones sociales e intereses sobre éstas acumuladas hasta la fecha de la efectiva transferencia de personal, debía ser garantizado plenamente por parte del Ejecutivo nacional, al término de la relación laboral con la gobernación. A tal efecto el Ejecutivo nacional, se obligó a:

1. Solicitar la tramitación de los fondos correspondientes ante los organismos competentes de recursos económicos para el pago de las prestaciones sociales acumuladas del personal que se transfería, hasta la fecha en que se hizo efectiva la transferencia del personal.
2. Los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales y sus intereses debían ser colocados en un fondo fiduciario que debía tener como beneficiarios a los trabajadores objeto del proceso de transferencia y como finalidad cancelar las prestaciones sociales a cada trabajador al término de su relación laboral.

649 V. el texto de dichos convenios en *Informe sobre la Descentralización en Venezuela, 1993. Memoria del Dr. Allan R. Brewer-Carías, Ministro del Estado para la Descentralización*, Caracas, 1994, pp. 623 y ss. y 825 y ss.

En estos casos, el incremento en el valor de las prestaciones sociales derivado de aumentos salariales debía ser asumido por el Ejecutivo nacional si provenía de decretos o medidas de carácter nacional. En el caso de que la decisión proviniera del Ejecutivo regional éste lo debía asumir, a menos que las partes acordasen otra forma de asumir las obligaciones derivadas de las incidencias de los aumentos salariales en las prestaciones sociales.

G. Los bienes adscritos a los servicios transferidos

La transferencia de los bienes muebles e inmuebles adscritos a los servicios a transferir se debe realizar de acuerdo con lo establecido en leyes y reglamentos aplicables (Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y reglamentos, Ley Orgánica de Descentralización, y Reglamento Parcial n° 1 LOD), sin indemnización alguna.

Acordada la transferencia de bienes nacionales a los estados, debe formalizarse en acta levantada al efecto, el inventario relativo a los bienes muebles e inmuebles de manera que quede constancia de la recepción por el estado de todos y cada uno de los que efectivamente se entreguen.

El estado beneficiario queda subrogado en los derechos y deberes de la Administración Pública nacional sobre los bienes transferidos a la fecha de entrada en vigor de la transferencia.

H. La coordinación y cooperación en la prestación de los servicios

El Ejecutivo del estado, de mutuo acuerdo con la autoridad del ministerio u organismo adscrito en el ámbito del estado, deben establecer normas y mecanismos de coordinación y cooperación con las alcaldías del estado, con la finalidad de que los municipios, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puedan dar cumplimiento, de una manera eficiente, a los servicios que tienen encomendados conforme a la Ley Orgánica del Poder Público Municipal. La coordinación y cooperación en la prestación de los servicios entre el Ejecutivo regional y las alcaldías significa establecer y disponer de una forma metódica de sistemas y normas, de manera que puedan concurrir juntos a la prestación del servicio transferido.

Un requisito a cumplir es el establecimiento de un sistema de información estadístico que sirva de instrumento para el control y la evaluación de la ejecución de los programas del servicio transferido, así como de los efectos sociales, económicos e institucionales logrados. Un sistema de información estadística permite, además, el diseño de nuevas políticas nacionales y estatales, en materia del servicio transferido. En este sentido, la unidad o ente responsable de la prestación del servicio en el estado, debe presentar periódicamente, al ministerio u organismo adscrito, la información presupuestaria y administrativa, de acuerdo a la normativa establecida y aquellos indicadores que permitan realizar la evaluación técnica del servicio para averiguar si los resultados obtenidos se corresponden con las propuestas.

La gobernación del estado debe elaborar un plan operativo anual y el proyecto de presupuesto relacionado con el servicio de que se trate, para la entidad federal, el cual, debe ser presentado al ministerio u organismo adscrito, a los fines de su análisis.

sis y de compatibilización programática con el presupuesto nacional. Dicho proyecto de presupuesto relativo al servicio, deberá ser presentado en los primeros 5 días del mes de marzo, de cada ejercicio fiscal.

Esta información periódica de ejecución del plan operativo anual del presupuesto descentralizado de la unidad federal, debe servir como instrumento para el control, la evaluación y supervisión del servicio.

Cuando el ministerio u organismo adscrito promueva, auspicie y suscriba convenios de asesoría técnica y científica relacionada con el servicio transferido, con organismos extranjeros e internacionales, tanto público como privados, debe tomar en cuenta las necesidades del estado receptor del servicio, a fin de que se beneficie de los términos de los convenios de asesoría.

El ministerio u organismo adscrito y la gobernación del estado pueden suscribir cuantos convenios de cooperación sean oportunos para el mejor desarrollo de la prestación de los servicios. Sin embargo, al momento de la firma del convenio, el Ejecutivo nacional y la gobernación del estado deben convenir en crear una comisión de alto nivel, integrada por representantes de la gobernación del estado, del ministerio u organismo adscrito y del Ministerio de Interior y Justicia.

La comisión de alto nivel referida debe cumplir dos funciones básicas: elaborar el cronograma del proceso de ejecución de la transferencia en un lapso no mayor de treinta días continuos, a partir de la firma del convenio; y resolver las dudas y controversias que se presenten con motivo de la ejecución del programa de transferencia y el cumplimiento del convenio y de cualquier otro convenio que se firme, relacionados con el servicio transferido.

5. La posibilidad de la reasunción nacional de servicios transferidos

La Ley Orgánica prevé que los servicios transferidos de conformidad con lo que antes se ha indicado (arts. 5 y 6), pueden ser reasumidos por el Ejecutivo nacional, aun cuando no precisa, en qué casos y por qué motivos podría producirse la reasunción. La Ley Orgánica se limita a establecer el procedimiento para que la reasunción se produzca, pudiendo ésta realizarse, sea a iniciativa del Ejecutivo nacional o del gobernador (art. 8).

En ambos casos, tanto el Ministro de Interior y Justicia como el gobernador respectivo, deben solicitar la reversión de un servicio, es decir, su reasunción por parte del Ejecutivo nacional, ante la Asamblea Nacional. En el caso de que sea el gobernador quien solicite la reversión, debe requerir la opinión previa del consejo legislativo, la cual no es vinculante para el gobernador. Es decir, aun si el consejo da una opinión desfavorable, el gobernador puede hacer la solicitud a la Asamblea, la cual puede autorizar o no la reversión debiendo adoptar su decisión en un lapso de 90 días, debiendo comunicar su decisión al Ministro de Interior y Justicia o al gobernador según el caso (art. 8).

§11. EL INICIO DE LA DESMUNICIPALIZACIÓN EN VENEZUELA: LA ORGANIZACIÓN DEL PODER POPULAR PARA ELIMINAR LA DESCENTRALIZACIÓN, LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y LA PARTICIPACIÓN A NIVEL LOCAL*

(Ciudad de México, diciembre 2006)

I. LOS CONSEJOS COMUNALES COMO ESTRUCTURAS PARALELAS AL RÉGIMEN MUNICIPAL

Conforme a la Constitución venezolana de 1999, el Municipio es la unidad política primaria dentro de la organización pública nacional (art. 168) que, como parte del sistema constitucional de distribución vertical del Poder Público (art. 136), en el nivel territorial inferior es la entidad política llamada a hacer efectiva la participación ciudadana. Por ello, el artículo 2° de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005⁶⁵⁰ dispuso que las actuaciones del Municipio debían incorporar “la participación ciudadana de manera efectiva, suficiente y oportuna, en la definición y ejecución de la gestión pública y en el control y evaluación de sus resultados”.

Para ello resultaba necesario acercar el poder municipal al ciudadano, municipalizándose el territorio, lo que la propia Ley Orgánica impidió. Dicha Ley era, por tanto, la que debía reformarse para establecer entidades municipales o del municipio cerca de las comunidades. Pero ello no se hizo así, y en su lugar, lo que se ha establecido es un sistema institucional centralizado para la supuesta participación popular, denominado “del Poder Popular”, en paralelo al régimen municipal, e ignorando su propia existencia, al concebir a la “comunidad” fuera del mismo Municipio, organizada en Consejos Comunales, que en el supuesto “marco constitucional de la democracia participativa y protagónica”, se han regulado como “instancias de participación, articulación e integración entre las diversas organizaciones comunitarias, grupos sociales y los ciudadanos”.

Ello ha ocurrido con la Ley de los Consejos Comunales de abril de 2006⁶⁵¹, establecidos sin relación alguna con los Municipios, en los que se ubicaron las Asambleas de Ciudadanos como la instancia primaria para el ejercicio del poder, la participación y el protagonismo popular, cuyas decisiones son de carácter vinculante para el Consejo Comunal respectivo (art. 4,5); los cuales no son autónomos, sino muy por el contrario, sometidos al poder central de la cúpula del Ejecutivo Nacional a través precisamente de una Comisión Presidencial.

* Texto destinado a ser publicado en la *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, dirigida por el profesor Jorge Fernández Ruiz, México, diciembre 2006.

650 V. Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, *Gaceta Oficial* n° 38.327 de 02-12-2005. V. los comentarios en Allan R. Brewer-Carías et al, *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2005

651 V. en *Gaceta Oficial* n° 5.806 Extraordinaria del 10-04-2006.

Con esta Ley de los Consejos Comunales, se ha comenzado el inconstitucional proceso de desmunicipalización de la participación ciudadana, sustituyéndose al Municipio como la unidad política primaria en la organización nacional que exige la Constitución conforme a un sistema de descentralización política (distribución vertical) del poder, por un sistema de entidades sin autonomía política alguna que se denominan del “Poder Popular” (Consejos Comunales), como se ha dicho, directamente vinculadas y dependientes en un esquema centralizado del poder, dirigido desde el más alto nivel del Poder Ejecutivo Nacional, por el Presidente de la República mediante una Comisión Presidencial del Poder Popular.

Esta Ley, además, supuestamente abogando por una participación popular, en un esquema completamente antidemocrático, ha sustituido la representación que origina el sufragio en entidades políticas autónomas como los Municipales, por la organización de entidades denominadas del “Poder Popular” que no tienen origen representativo electoral, en las cuales se pretende ubicar la participación ciudadana, pero sometida al control del vértice del poder central.

En esta forma, a partir de abril de 2006, en lugar de reformarse nuevamente la Ley Orgánica del Poder Público Municipal para municipalizar el país y hacer efectiva la participación ciudadana en un esquema de descentralización política del poder público, se optó con la Ley de los Consejos Comunales, por crear, desarrollar y regular la conformación de dichas supuestas instancias de participación, totalmente desvinculadas de Municipios, parroquias y organizaciones vecinales, estableciéndose su integración, organización y funcionamiento, así como su relación con los órganos del Estado, para la formulación, ejecución, control y evaluación de las políticas públicas (art. 1).

Estos Consejos Comunales, supuestamente “en el marco constitucional de la democracia participativa y protagónica”, se han regulado, como se dijo, sin relación alguna con la organización municipal, para en paralelo supuestamente permitir “al pueblo organizado ejercer directamente la gestión de las políticas públicas y proyectos orientados a responder a las necesidades y aspiraciones de las comunidades en la construcción de una sociedad de equidad y justicia social” (art. 2). Se trata, como se dijo, de un esquema organizacional completamente paralelo y desvinculado con la descentralización política o la distribución vertical del poder público, completamente desvinculado de la organización territorial del Estado que establece la Constitución, es decir, desvinculado de los Estados, Municipios y Parroquias.

Por ello, los Consejos Comunales están integrados conforme a un esquema estatal centralizado, que tiene en su cúspide la mencionada Comisión Nacional Presidencial del Poder Popular designada y presidida por el Presidente de la República, la cual, a su vez, designa en cada Estado a las Comisiones Regionales Presidenciales del Poder Popular, previa aprobación del Presidente de la República (art. 31); y designa además, en cada municipio, las Comisiones Locales Presidenciales del Poder Popular, también previa aprobación del Presidente de la República (art. 32); sin participación alguna de los Gobernadores de Estado ni de los Alcaldes municipales.

En todo caso, la Ley dispone que la organización, funcionamiento y acción de dichos consejos comunales “se rige conforme a los principios de corresponsabilidad, cooperación, solidaridad, transparencia, rendición de cuentas, honestidad, eficacia, eficiencia, responsabilidad social, control social, equidad, justicia e igualdad social y de género”(art. 3).

Con este esquema del supuesto Poder Popular se ha comenzado en Venezuela el proceso de desmunicipalización, sustituyéndose a los Municipios por una organización de un supuesto Poder Popular que lo que persigue es eliminar la descentralización, la democracia representativa y la participación a nivel local.

II. LA “COMUNIDAD” COMO LA UNIDAD BÁSICA DE ORGANIZACIÓN DEL PUEBLO

1. Definición

La nueva Ley establece como unidad social básica para el funcionamiento de los Consejos Comunales a la “comunidad” la cual se define como “el conglomerado social de familias, ciudadanos y ciudadanas que habitan en un área geográfica determinada, que comparten una historia e intereses comunes, se conocen y relacionan entre sí, usan los mismos servicios públicos y comparten necesidades y potencialidades similares: económicas, sociales, urbanísticas y de otra índole (art. 4,1). Ella, en realidad, debería haber sido el nuevo municipio que debía haberse creado en otra concepción democrática y participativa del mismo.

En cuanto a las Comunidades Indígenas las mismas se definen como “grupos humanos formados por familias indígenas asociadas entre sí, pertenecientes a uno o más pueblos indígenas, que están ubicados en un determinado espacio geográfico y organizados según las pautas culturales propias de cada pueblo, con o sin modificaciones provenientes de otras culturas (art. 4,2).

2. Los elementos de la comunidad

La Ley de los Consejos Comunales (LCC) establece tres elementos claves para identificar a la comunidad como organización social, que son los que conforman las entidades políticas, es decir, un territorio, una población y una organización política.

En cuanto al territorio, el de las comunidades debe estar formado por el área geográfica atribuida a la misma, conformado por el Territorio que ocupan sus habitantes, cuyos límites geográficos se deben establecer en Asamblea de Ciudadanos dentro de los cuales debe funcionar el Consejo Comunal. El área geográfica debe ser decidida por la Asamblea de Ciudadanos de acuerdo con las particularidades de cada comunidad (art. 4,3).

En cuanto a la población, a los efectos de “la participación protagónica, la planificación y la gobernabilidad de los consejos comunales”, la misma se determina conforme a una “base poblacional de la comunidad” haciendo la Ley referencia a los criterios técnicos y sociológicos que señalan -en cierto sentido similar a los que se utilizaron en la vieja Ley de Régimen Municipal para las asociaciones de vecinos- que las comunidades se agrupan en familias, entre 200 y 400 en el área urbana y a partir de 20 familias en el área rural y a partir de 10 familias en las comunidades indígenas.

La base poblacional debe ser decidida por la Asamblea de Ciudadanos de acuerdo con las particularidades de cada comunidad, tomando en cuenta las comunidades aledañas. (art 4,4).

En cuanto a la organización política de las Comunidades, la Ley establece las siguientes estructuras básicas de la comunidad: la Asamblea de Ciudadanos, el Consejo Comunal y sus órganos ejecutivo, financiero y de control, y las demás organizaciones comunitarias. Estas últimas son las que “existen o pueden existir en las comunidades y que agrupan a un conjunto de ciudadanos y ciudadanas con base en objetivos e intereses comunes, tales como: comités de tierras, comités de salud, mesas técnicas de agua, grupos culturales, clubes deportivos, puntos de encuentro y organizaciones de mujeres, sindicatos y organizaciones de trabajadores y trabajadoras, organizaciones juveniles o estudiantiles, asociaciones civiles, cooperativas, entre otras” (art. 4,8).

III. LAS ASAMBLEAS DE CIUDADANOS

1. Carácter

La Ley de los Consejos Comunales -en paralelo al Municipio como la unidad primaria para la participación- también concibe a la Asamblea de Ciudadanos como la instancia primaria para el ejercicio del poder, la participación y el protagonismo popular, cuyas decisiones son de carácter vinculante para el consejo comunal respectivo.(art. 4,5). Esta Asamblea de Ciudadanos se la regula como “la máxima instancia de decisión del Consejo Comunal”, integrada por los habitantes de la comunidad, mayores de 15 años.

2. Constitución: La Asamblea Constituyente Comunal y la Comisión Promotora

La Asamblea de Ciudadanos en la cual se deben elegir, por primera vez, los voceros (y voceras) de los comités de trabajo y demás integrantes de los órganos económico-financiero y de control del Consejo Comunal, se concibe en el artículo 19 LCC como una “Asamblea Constituyente Comunitaria”, que se debe considerar válidamente conformada con la asistencia de al menos el 20% de los miembros de la comunidad, mayores de 15 años.

La convocatoria, conducción y organización de la Asamblea Constituyente Comunitaria, corresponde a una comisión promotora que debe estar integrada por un número variable de miembros quienes deben ser electos, no por sufragio universal, directo y secreto, sino en Asambleas de Ciudadanos de acuerdo a lo establecido en la propia LCC y en su reglamento (art. 16).

A tal efecto, “a los efectos de la primera elección de los voceros de los comités de trabajo e integrantes de los órganos contralor y económico-financiero”, el artículo 15 LCC dispone que se debe organizar una Comisión Promotora provisional que

debe tener como función, organizar la elección de la comisión promotora y de la Comisión Electoral, de acuerdo al procedimiento siguiente:

1. Conformación de un equipo promotor provisional, el cual debe estar integrado por ciudadanos (y ciudadanas) de la comunidad que asuman esta iniciativa, con la participación de un representante designado por la Comisión Presidencial del Poder Popular respectivo, dejando constancia escrita en el acta que se debe llevar para tal fin.
2. Organización y coordinación de la realización del censo demográfico de la comunidad.
3. Convocatoria de una Asamblea de Ciudadanos por parte del equipo promotor provisional, en un lapso no mayor de 30 días a partir de su conformación, que debe elegir la comisión promotora y la comisión electoral con la participación mínima del 10% de la población mayor de 15 años de la comunidad respectiva. Las Comisiones Promotora y Electoral, deben realizar un trabajo articulado y coordinado a fin de garantizar la efectiva realización de la Asamblea Constituyente Comunitaria.

La Comisión promotora, para el cumplimiento de estas funciones conforme al artículo 17 LCC, debe realizar lo siguiente:

1. Difundir entre los habitantes de la comunidad el alcance, objeto y fines de los Consejos Comunales.
2. Elaborar un croquis del área geográfica de la comunidad.
3. Recabar la información de la historia de la comunidad.
4. Organizar y coordinar la realización del censo demográfico y socioeconómico comunitario.
5. Convocar a la Asamblea Constituyente Comunitaria en un lapso no mayor de 90 días, contados a partir de su constitución.

La Comisión Promotora debe cesar en sus funciones al momento de la conformación del Consejo Comunal.

En cuanto a la Comisión Electoral, conforme al artículo 18 LCC, es la instancia encargada de organizar y conducir el proceso de elección de los voceros y demás integrantes de los órganos del Consejo Comunal. Esta competencia estimamos que viola las que corresponden en forma exclusiva al Poder Electoral (Consejo Nacional Electoral) conforme a la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Electoral. La LCC dispone que esta comisión electoral debe estar integrada por 5 habitantes de la comunidad, quienes deben ser electos -no por sufragio universal, directo y secreto- sino en Asambleas de Ciudadanos, de acuerdo a lo establecido en la propia LCC y su Reglamento, y quienes integren la Comisión Electoral no pueden postularse a los órganos del Consejo Comunal

La Comisión Electoral, conforme a la LCC tiene las siguientes tareas:

1. Elaborar un registro electoral -que nada que ver tiene con el registro Electoral permanente que se atribuye como competencia exclusiva al Poder Electoral, conforme a lo establecido en la LCC y su Reglamento.
2. Hacer del conocimiento de la comunidad todo lo relativo a la elección de los voceros y demás integrantes de los órganos del Consejo Comunal.
3. Elaborar el material electoral necesario.
4. Escrutar y totalizar los votos.

5. Proclamar y juramentar a los voceros y demás integrantes de los órganos del Consejo Comunal electos.

6. Levantar un acta del proceso de elección y sus resultados.

Una vez cumplidas estas tareas, la Comisión Electoral cesa en sus funciones.

3. Atribuciones de la Asamblea de Ciudadanos

La Asamblea de Ciudadanos conforme al artículo 6 LCC, tiene las siguientes atribuciones:

1. Aprobar las normas de convivencia de la comunidad.

2. Aprobar los estatutos y el acta constitutiva del Consejo Comunal, la cual debe contener el nombre del Consejo Comunal; el área geográfica que ocupa; el número de familias que lo integran; el listado de asistentes a la Asamblea (nombre y apellido, cédula de identidad); el lugar, fecha y hora de la Asamblea; los acuerdos de la misma; resultados de la elección de los voceros, y demás integrantes de los órganos del Consejo Comunal.

3. Aprobar el Plan de Desarrollo de la Comunidad.

4. Aprobar los proyectos presentados al Consejo Comunal en beneficio de la comunidad, así como la integración de los proyectos para resolver las necesidades afines con otras comunidades e instancias de gobierno, bajo la orientación sostenible y sustentable del desarrollo endógeno.

5. Ejercer la contraloría social.

6. Adoptar las decisiones esenciales de la vida comunitaria.

7. Elegir los integrantes de la Comisión Promotora.

8. Elegir los integrantes de la Comisión Electoral.

9. Elegir los voceros del órgano ejecutivo.

10. Elegir a los integrantes de la Unidad de Contraloría Social.

11. Elegir a los integrantes de la Unidad de Gestión Financiera.

12. Revocar el mandato de los voceros y demás integrantes de los órganos del Consejo Comunal, conforme con lo que establezca el Reglamento de la presente Ley.

13. Evaluar y aprobar la gestión financiera.

14. Definir y aprobar los mecanismos necesarios para el funcionamiento del Consejo Comunal.

4. Los grupos de trabajo y los voceros de los comités de trabajo del Consejo Comunal

Corresponde a la Asamblea de Ciudadanos determinar y elegir el número de voceros de los diversos comités de trabajo, de acuerdo a la cantidad que se conformen en la comunidad (art. 9)

La LCC establece que en la comunidad, las áreas de trabajo se deben constituir en relación con las particularidades y los problemas más relevantes de la comunidad, por lo que el número y contenido de las áreas de trabajo deben depender de la realidad de cada comunidad, pudiendo ser: de economía popular y desarrollo endógeno; desarrollo social integral; vivienda, hábitat e infraestructura; y cualquier otra que

defina la comunidad. Las áreas de trabajo deberán agrupar a varios comités de trabajo.

En cuanto a los comités de trabajo, los mismos, conforme al artículo 9 LCC pueden ser los siguientes: 1. Comité de Salud. 2. Comité de Educación. 3. Comité de Tierra Urbana o Rural. 4. Comité de Vivienda y Hábitat. 5. Comité de Protección e Igualdad Social. 6. Comité de Economía Popular. 7. Comité de Cultura. 8. Comité de Seguridad Integral. 9. Comité de Medios de Comunicación e Información. 10. Comité de Recreación y Deportes. 11. Comité de Alimentación. 12. Mesa Técnica de Agua. 13. Mesa Técnica de Energía y Gas. 14. Comité de Servicios. 15. Cualquier otro que considere la comunidad de acuerdo a sus necesidades.

Por otra parte, en cuanto a los voceros (y voceras), son las persona electas para cada comité de trabajo, en Asamblea de Ciudadanos, de reconocida solvencia moral, trabajo comunitario, con capacidad de trabajo colectivo, espíritu unitario y compromiso con los intereses de la comunidad, a fin de coordinar todo lo relacionado con el funcionamiento del Consejo Comunal, la instrumentación de sus decisiones y la comunicación de las mismas ante las instancias correspondientes (art. 4,9).

Estos voceros de los comités de trabajo, conforme al artículo 12 LCC, deben ser electos en votaciones directas y secretas por la Asamblea de Ciudadanos. Quienes se postulen no pueden ser electos en más de un órgano del Consejo Comunal, durarán dos años en sus funciones y podrán ser reelectos. El carácter de su ejercicio es *ad honorem*.

Los pueblos y comunidades indígenas también deben elegir los órganos de los consejos comunales, de acuerdo con sus usos, costumbres y tradiciones, por lo dispuesto en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas.

Conforme al artículo 13 LCC, para ser electo o electa vocero de los grupos de trabajo se requiere: 1. Ser habitante de la comunidad, con al menos 6 meses de residencia en la misma, salvo en los casos de comunidades recién constituidas o circunstancias de fuerza mayor. 2. Mayor de 15 años. 3. Disposición y tiempo para el trabajo comunitario. 4. Estar inscrito en el Registro Electoral Permanente, en el caso de ser mayor de edad. 5. No ocupar cargos de elección popular.

IV. LOS CONSEJOS COMUNALES

1. Integración

El Consejo Comunal, a los fines de su funcionamiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 LCC, está integrado por los siguientes órganos:

1. El órgano ejecutivo, integrado por los voceros de cada comité de trabajo.
2. La Unidad de Gestión Financiera, como órgano económico-financiero.
3. La Unidad de Contraloría Social, como órgano de control.

El Consejo Comunal, además, conforme al artículo 4,6 LCC, debe tener un Comité de trabajo, concebido como un colectivo o grupo de personas organizadas para ejercer funciones específicas, atender necesidades y desarrollar las potencialidades de cada comunidad. El comité de trabajo, debe articular y promover la participación

e integración de las organizaciones comunitarias, movimientos sociales y habitantes de la comunidad.

A los efectos de una adecuada articulación de su trabajo, el artículo 24 LCC dispone que los órganos ejecutivo, de control y económico financiero del Consejo Comunal, deberán realizar reuniones de coordinación y seguimiento, al menos mensualmente, según los parámetros que establezca el Reglamento de la LCC. Los gastos que se generen por concepto de la actividad de los voceros y demás integrantes de los órganos del Consejo Comunal, deben ser compensados por el fondo de gastos de funcionamiento del Consejo Comunal. En el Reglamento de la LCC es el que debe establecer los tope máximos para cubrir dichos gastos.

La Ley establece como deber de los ciudadanos integrantes de los consejos comunales: la corresponsabilidad social, la rendición de cuentas, el manejo transparente, oportuno y eficaz de los recursos que dispongan, bien sea por asignación del Estado o cualquier otra vía de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente (art 5).

2. El registro y la personalidad jurídica de los Consejos Comunales

El artículo 20 LCC exige que los consejos comunales sean registrados ante la Comisión Local Presidencial del Poder Popular, para lo cual deben hacer entrega de los estatutos y acta constitutiva aprobados por la Asamblea de Ciudadanos. Copia del registro debe ser consignada ante el Consejo Local de Planificación Pública correspondiente, a los efectos de lograr la articulación con el Sistema Nacional de Planificación Pública.

El registro de los Consejos Comunales, ante la Comisión Presidencial del Poder Popular respectiva, les reviste de personalidad jurídica para todos los efectos relacionados con esta Ley. Esta personalidad jurídica, en todo caso, debería en realidad ser de la Comunidad y no del Consejo Comunal, ya que éste es sólo un órgano de aquella. La personalidad jurídica aquí regulada, en todo caso, es una personalidad jurídica territorial de derecho público.

Conforme a la Disposición Transitoria Única, los Consejos Comunales constituidos antes de la publicación de la LCC, deben ser objeto de un proceso de legitimación, regularización y adecuación a las disposiciones en ella establecidas. La Comisión Presidencial del Poder Popular debe realizar este proceso en un lapso no mayor de 90 días continuos a partir de la publicación de la Ley, lo que ocurrió el 7 de abril de 2006.

3. El órgano ejecutivo del Consejo Comunal

A. Integración

El órgano ejecutivo del Consejo Comunal, que está integrado por los voceros de cada comité de trabajo (art. 7), está concebido como la instancia del Consejo Comunal encargada de promover y articular la participación organizada de los integrantes de la comunidad, los grupos sociales y organizaciones comunitarias en los diferentes comités de trabajo. Se debe reunir a fin de planificar la ejecución de las decisiones

de la Asamblea de Ciudadanos, así como conocer las actividades de cada uno de los comités y de las áreas de trabajo (art. 8).

B. Funciones del Órgano Ejecutivo

Conforme al artículo 21 LCC, el Consejo Comunal, a través de su órgano ejecutivo, tiene las siguientes funciones:

1. Ejecutar las decisiones de la Asamblea de Ciudadanos.
2. Articular con las organizaciones sociales presentes en la comunidad y promover la creación de nuevas organizaciones donde sea necesario, en defensa del interés colectivo y el desarrollo integral, sostenible y sustentable de las comunidades.
3. Elaborar planes de trabajo para solventar los problemas que la comunidad pueda resolver con sus propios recursos y evaluar sus resultados.
4. Organizar el voluntariado social en cada uno de los comités de trabajo.
5. Formalizar su registro ante la respectiva Comisión Presidencial del Poder Popular.
6. Organizar el Sistema de Información Comunitaria.
7. Promover la solicitud de transferencias de servicios, participación en los procesos económicos, gestión de empresas públicas y recuperación de empresas paralizadas mediante mecanismos autogestionarios y cogestionarios.
8. Promover el ejercicio de la iniciativa legislativa y participar en los procesos de consulta en el marco del parlamentarismo social.
9. Promover el ejercicio y defensa de la soberanía e integridad territorial de la Nación.
10. Elaborar el Plan de Desarrollo de la Comunidad a través del diagnóstico participativo, en el marco de la estrategia endógena.
11. Las demás funciones establecidas el Reglamento de la LCC y las que sean aprobadas por la Asamblea de Ciudadanos.

4. La Unidad de Gestión Financiera: el Banco Comunal

A. El Banco Comunal

La unidad de gestión financiera del Consejo Comunal, conforme al artículo 10 LCC, es un órgano integrado por 5 habitantes de la comunidad electos por la Asamblea de Ciudadanos, que funciona como un ente de ejecución financiera de los consejos comunales para administrar recursos financieros y no financieros, servir de ente de inversión y de crédito, y realizar intermediación financiera con los fondos generados, asignados o captados.

A los efectos de la Ley, la unidad de gestión financiera se denomina Banco Comunal, el cual se define como la forma de organización y gestión económico-financiera de los recursos de los consejos comunales. Se trata de una organización que debe ser flexible, abierta, democrática, solidaria y participativa. (art. 4,10).

El Banco Comunal debe pertenecer a un Consejo Comunal o a una Mancomunidad de consejos comunales, de acuerdo con el desarrollo de los mismos y a las necesidades por ellos establecidas.

Son socios del Banco Comunal todos los ciudadanos que habiten en el ámbito geográfico definido por la Asamblea de Ciudadanos y que conforman el Consejo Comunal o la Mancomunidad de consejos comunales.

El Banco Comunal debe adquirir la figura jurídica de cooperativa y se rige por la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas, la Ley de Creación, Estímulo, Promoción y Desarrollo del Sistema Microfinanciero y otras leyes aplicables, así como por la LCC y su Reglamento.

Dispone expresamente el artículo 10 LCC que los Bancos Comunales quedarán exceptuados de la regulación de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

B. Elección de los integrantes de la unidad de gestión financiera

Conforme al mencionado artículo 12 LCC, los integrantes de los órganos económico-financieros serán electos en votaciones directas y secretas por la Asamblea de Ciudadanos. Quienes se postulen no pueden ser electos en más de un órgano del Consejo Comunal, pueden durar 2 años en sus funciones y pueden ser reelectos. El carácter de su ejercicio también es *ad honorem*.

Para ser electo como integrante de la Unidad de Gestión Financiera, el artículo 14 LCC requiere que la persona propuesta:

1. Sea habitante de la comunidad, con al menos, 6 meses de residencia en la misma, salvo en los casos de comunidades recién constituidas o circunstancias de fuerza mayor.
2. Sea mayor de edad.
3. Tenga disposición y tiempo para el trabajo comunitario.
4. Este inscrito en el Registro Electoral Permanente.
5. No ocupe cargos de elección popular.

Conforme al artículo 27 LCC, los integrantes del Órgano Económico Financiero, deben presentar declaración jurada de patrimonio por ante la Comisión Presidencial del Poder Popular. Lógicamente, ello no debería excluir la presentación de declaración jurada de patrimonio por ante la Contraloría General de la República.

C. Funciones del Banco Comunal

El artículo 22 LCC asigna al Banco Comunal las siguientes funciones:

1. Administrar los recursos asignados, generados o captados tanto financieros como no financieros.
2. Promover la constitución de cooperativas para la elaboración de proyectos de desarrollo endógeno, sostenibles y sustentables.
3. Impulsar el diagnóstico y el presupuesto participativo, sensible al género, jerarquizando las necesidades de la comunidad.
4. Promover formas alternativas de intercambio, que permitan fortalecer las economías locales.
5. Articularse con el resto de las organizaciones que conforman el sistema microfinanciero de la economía popular.

6. Promover el desarrollo local, los núcleos de desarrollo endógeno y cualquier otra iniciativa que promueva la economía popular y solidaria.
7. Rendir cuenta pública anualmente o cuando le sea requerido por la Asamblea de Ciudadanos.
8. Prestar servicios no financieros en el área de su competencia.
9. Prestar asistencia social.
10. Realizar la intermediación financiera.
11. Rendir cuenta ante el Fondo Nacional de los Consejos Comunales anualmente o cuando este así lo requiera.
12. Promover formas económicas alternativas y solidarias, para el intercambio de bienes y servicios.

5. La Unidad de Contraloría Social

La Unidad de Contraloría Social conforme al artículo 11 LCC, es un órgano conformado por 5 habitantes de la comunidad, electos por la Asamblea de Ciudadanos para realizar la contraloría social y la fiscalización, control y supervisión del manejo de los recursos asignados, recibidos o generados por el consejo comunal, así como sobre los programas y proyectos de inversión pública presupuestados y ejecutados por el gobierno nacional, regional o municipal.

La elección de los integrantes de la Unidad de Control del Consejo Comunal se rige por los mismos requisitos antes señalados conforme al artículo 14 LCC para la elección de los integrantes de la unidad de gestión financiera.

El artículo 23 LCC, enumera las siguientes funciones del órgano de control del Consejo Comunal:

1. Dar seguimiento a las actividades administrativas y de funcionamiento ordinario del Consejo Comunal en su conjunto.
2. Ejercer la coordinación en materia de contraloría social comunitaria.
3. Ejercer el control, fiscalización y vigilancia de la ejecución del plan de desarrollo comunitario.
4. Ejercer el control, fiscalización y vigilancia del proceso de consulta, planificación, desarrollo, ejecución y seguimiento de los proyectos comunitarios.
5. Rendir cuenta pública de manera periódica, según lo disponga el Reglamento de la LCC.
6. El régimen de la gestión y administración de los recursos del Consejo Comunal

A. Los recursos directos

El artículo 25 LCC dispone que los Consejos Comunales deben recibir de manera directa los siguientes recursos:

1. Los que sean transferidos por la República, los estados y los municipios.
2. Los que provengan de lo dispuesto en la Ley de Creación del Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES) y la Ley de Asignaciones Económicas Especiales derivadas de Minas e Hidrocarburos (LAEE).

3. Los que provengan de la administración de los servicios públicos que les sean transferidos por el Estado.
4. Los generados por su actividad propia, incluido el producto del manejo financiero de todos sus recursos.
5. Los recursos provenientes de donaciones de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico.
6. Cualquier otro generado de actividad financiera que permita la Constitución y la ley.

B. El manejo de los recursos

El manejo de los recursos financieros, establecidos en la Ley, como se ordena en el artículo 26 LCC, debe orientarse de acuerdo a las decisiones aprobadas en Asamblea de Ciudadanos. Tales decisiones deben ser recogidas en actas que deben contener al menos la firma de la mayoría simple de los o las asistentes a la Asamblea de Ciudadanos del Consejo Comunal.

En consecuencia, quienes administren los recursos a los que se refiere la LCC, estarán obligados a llevar un registro de la administración, con los soportes que demuestren los ingresos y desembolsos efectuados y tenerlos a disposición de la Unidad de Contraloría Social y demás miembros de la comunidad, a través del procedimiento que debe ser establecido en el Reglamento de la LCC (art. 27).

Los integrantes del órgano económico financiero, incurrirán en responsabilidad civil, penal o administrativa por los actos, hechos u omisiones contrarios a las disposiciones legales que regulen la materia.

V. LOS ORGANISMOS NACIONALES PARA LA CONDUCCIÓN DE LA GESTIÓN COMUNAL

1. El Fondo Nacional de los Consejos Comunales

El artículo 28 LCC crea el Fondo Nacional de los Consejos Comunales, como servicio autónomo sin personalidad jurídica, el cual debe estar adscrito al Ministerio de Finanzas y se rige por las disposiciones contenidas en la LCC y su Reglamento.

El Fondo tendrá una junta directiva conformada por un presidente, 3 miembros principales y 3 suplentes, designados por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros.

Este Fondo Nacional de los Consejos Comunales, conforme al artículo 29 LCC, tiene por objeto financiar los proyectos comunitarios, sociales y productivos, presentados por la Comisión Nacional Presidencial del Poder Popular en sus componentes financieros y no financieros.

La transferencia de los recursos financieros se debe hacer a través de las unidades de gestión financieras, es decir, los Bancos Comunales, creadas por los consejos comunales.

2. La Comisión Presidencial del Poder Popular

El artículo 30 LCC crea la Comisión Nacional Presidencial del Poder Popular, designada por el Presidente de la República de conformidad con el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, a los fines de:

1. Orientar, coordinar y evaluar el desarrollo de los Consejos Comunales a nivel nacional, regional y local.
2. Fortalecer el impulso del poder popular en el marco de la democracia participativa y protagónica, y el desarrollo endógeno, dando impulso al desarrollo humano integral que eleve la calidad de vida de las comunidades.
3. Generar mecanismos de formación y capacitación.
4. Recabar los diversos proyectos aprobados por los consejos comunales.
5. Tramitar los recursos técnicos, financieros y no financieros necesarios para la ejecución de los proyectos de acuerdo a los recursos disponibles en el Fondo Nacional de los Consejos Comunales.
6. Crear en las comunidades donde se amerite o considere necesario, Equipos Promotores Externos para impulsar la conformación de los Consejos Comunales, de acuerdo a lo establecido en la LCC y su Reglamento.

La participación de los voceros de los Consejos Comunales en la Comisión Presidencial del Poder Popular en sus instancias nacional, estatal o municipal, se hará conforme a lo dispuesto en el Reglamento de la LCC

3. Las Comisiones Regionales Presidenciales del Poder Popular

El artículo 31 LCC regula unas Comisiones Regionales Presidenciales del Poder Popular por cada estado, designadas por la Comisión Nacional Presidencial del Poder Popular previa aprobación del Presidente de la República.

4. Las Comisiones Locales Presidenciales del Poder Popular

El artículo 32 LCC también dispone que la Comisión Nacional Presidencial del Poder Popular es la que debe designar las Comisiones Locales Presidenciales del Poder Popular por cada municipio, previa aprobación del Presidente de la República.

5. La Comisión Especial de la Asamblea Nacional

Además, conforme al artículo 33 LCC, la Asamblea Nacional debe designar una comisión especial para que conjuntamente con las comisiones presidenciales respectivas, realicen una evaluación del proceso de constitución y funcionamiento de los consejos comunales. Dicha comisión presentará el primer informe en un lapso no mayor de 90 días continuos contados a partir de la fecha de su conformación, y en lo sucesivo en el mismo período.

CAPÍTULO V
SOBRE EL SISTEMA DE GOBIERNO

§12. EL SISTEMA PRESIDENCIAL DE GOBIERNO EN LA CONSTITUCIÓN DE VENEZUELA DE 1999*

(Bogotá, junio 2005)

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1999, siguiendo la tradición del constitucionalismo venezolano y latinoamericano, estableció el sistema de gobierno presidencial, el cual, basado en el principio de la separación de poderes, atribuye la acción de gobierno al Presidente de la República, quien es electo popularmente y para cuyo ejercicio no depende del voto de confianza de la Asamblea Nacional, cuyos miembros también son electos popularmente.

Este sistema contrasta con el sistema parlamentario de gobierno, en el cual, la única institución con legitimidad democrática es el Parlamento, de cuya confianza depende el gobierno. La diferencia básica entre uno y otro sistema, por tanto, radica en la relación entre el gobierno y el parlamento. En el sistema presidencial, ambos órganos, gobierno y parlamento, son relativamente independientes el uno del otro; en el sistema parlamentario, en cambio el gobierno deriva y depende del Parlamento.

Este sistema presidencial venezolano está caracterizado, por tanto, por el hecho de que el Presidente de la República asume su mandato por un período fijo de 6 años, para el cual es electo mediante el voto universal directo y secreto, por mayoría simple, y con posibilidad de reelección inmediata. El Presidente de la República, además, es a la vez Jefe del Estado y Jefe del gobierno.

El sistema, sin embargo, progresivamente se ha venido nutriendo de elementos parlamentarizantes, que sin cambiar el carácter presidencial, han complicado su funcionamiento de manera tal que si el Presidente de la República no tiene el respaldo de la mayoría parlamentaria, corre el riesgo de que se paralice u obstaculice su acción de gobierno. Por ello, dada la legitimidad democrática dual del sistema, por la elección popular tanto del Presidente de la República como de la Asamblea Nacional, los conflictos de legitimidad democrática que se puedan presentar entre ambas instituciones, por ejemplo, cuando la mayoría parlamentaria es adversa al gobierno, no permiten poder determinar cuál de las dos representa la verdadera voluntad del pueblo, salvo por la vía excepcional y complicadísima de la revocación popular de los mandatos.

La creación del cargo de Vicepresidente Ejecutivo en la Constitución de 1999, dependiente del Presidente de la República y de su libre nombramiento y remoción, no significa el establecimiento de separación alguna entre el Jefe de Estado y el Jefe de Gobierno, cuya acción sigue estando dirigida por el Presidente de la República. El

* Notas para un Curso proyectado en la *Maestría de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Javeriana*, Bogotá, junio 2005.

VicePresidente Ejecutivo, no llega a configurarse tampoco como un “jefe de gabinete” con funciones de gobierno separado del Jefe del Estado.

El VicePresidente en realidad es solamente un órgano auxiliar del Presidente de la República en la conducción de la Administración Pública lo que, sin duda, podría contribuir a racionalizar el ejercicio del Poder Ejecutivo, desconcentrando su ejercicio.

Para analizar las particularidades del sistema presidencial de gobierno, estudiaremos, en una *primera parte*, las características generales de los sistemas de gobierno en el constitucionalismo moderno, particularmente derivadas de sus orígenes históricos con la implantación del principio de la separación de poderes confrontado con el principio monárquico; en una *segunda parte*, la implementación del principio de la separación de poderes en la Constitución de 1999, mediante una penta división del Poder Público; en una *tercera parte*, el régimen constitucional de la Asamblea Nacional (Poder legislativo) y de la Presidencia de la República (Poder Ejecutivo); en una *cuarta parte*, las formas de terminación del mandato presidencial y la experiencia venezolana del referendo revocatorio presidencial; en una *quinta parte*, el ejercicio compartido de la función normativa del Estado; y en una *sexta parte*, el ejercicio compartido de la función política y de la función administrativa.

II. ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN DE PODERES Y LOS SISTEMAS DE GOBIERNO

1. El principio de la separación de poderes en el constitucionalismo moderno

Los sistemas de gobierno en el constitucionalismo moderno tienen como fundamento institucional común, el principio de la separación de poderes, como principio limitativo del poder frente al Estado Absoluto que se encuentra en el inicio de la configuración del Estado de Derecho, tal y como lo concibieron los teóricos del absolutismo, principalmente Locke, Montesquieu y Rousseau⁶⁵². Por ello, como lo ha señalado Diego Valadés, en definitiva, “en los Estados constitucionales el único común denominador consiste en controlar eficientemente al poder para garantizar el espacio de libertades individuales y colectivas, así como las relaciones de equidad entre los miembros de la sociedad”⁶⁵³.

A. Antecedentes teóricos

En efecto, John Locke, teórico del sistema político que había resultado de la Gloriosa Revolución inglesa de 1689, en su *Two Treaties of Government* (1690), puede

652 V. sobre lo que sigue Allan R. Brewer-Carías, “El régimen histórico-constitucional del Estado”, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, pp. 76 y ss.

653 V. Diego Valadés, *El gobierno de gabinete*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2005, p. 2.

considerarse que fue el primer ideólogo que se pronunció contra el absolutismo al abogar por la limitación del poder político del Monarca.

Su propuesta la fundamentó en la consideración de la condición natural del hombre y en el contrato social que dió origen al Estado. Según Locke, los hombres entraron en un contrato social con el objeto de proteger sus vidas, libertades y posesiones, los tres bienes básicos que calificó, en general, como “propiedad”. Esta “propiedad” es la que le dio al hombre su *status* político; o según sus palabras:

[...] porque libertad es ser libre de presiones y violencias por parte de otros; lo que no sucede allí donde no hay Ley. Pero la libertad no es, tal y como se nos enseñó, la libertad de disponer y ordenar como se desee de su persona, acciones, posesiones y de toda su 'propiedad'⁶⁵⁴.

Naturalmente, este contrato social, tal y como lo concibió Locke, cambió la condición natural del hombre, impidiendo la formación de gobiernos en los cuales el hombre se encontrara en una situación peor de la que tenía con anterioridad. En consecuencia, un gobierno absoluto no se podía considerar como un gobierno civil e ilegítimo. Si el Estado surgió como protector de los “derechos naturales” que no desaparecieron con el contrato social, su opresión o desaparición debido a la acción de un Estado absoluto, justificaba la resistencia de los hombres frente al abuso de poder⁶⁵⁵.

En esta concepción del Estado, el poder de sus autoridades, por tanto, debía ser limitado. Por ello, dentro de las medidas concebidas para racionalizar y limitar el poder, Locke desarrolló su clásica fórmula de distribución de las funciones del Estado, considerando algunas de esas funciones, como poderes. En el párrafo 131 de su libro *Two Treaties of Government*, expresó lo siguiente:

[...] y quien quiera que tenga el poder legislativo o supremo de cualquier Comunidad organizada está compelido a gobernar mediante las leyes establecidas, promulgadas y conocidas por todos y no por decretos extemporáneos; mediante jueces imparciales y justos quienes deben decidir las controversias conforme a esas leyes; y a emplear la fuerza de la Comunidad en el orden interno, sólo en ejecución de dichas Leyes, o en el extranjero para prevenir o corregir daños provocados por extranjeros y proteger a la Comunidad de incursiones e invasiones⁶⁵⁶.

En esta forma, Locke distinguió cuatro funciones del Estado: la de legislar, la de juzgar, la de hacer uso de la fuerza en el orden interno en ejecución de las leyes, y la de emplear la fuerza en el extranjero, en defensa de la comunidad. A la primera función, la de hacer las leyes, le asignó el nombre de *Poder Legislativo* “al cual los demás poderes están y deben estar subordinados”⁶⁵⁷; a la tercera función, la denominada *Poder Ejecutivo*, comprendiendo “la ejecución de las leyes municipales de la sociedad dentro de ella misma y por sobre sus componentes”⁶⁵⁸; y la cuarta función, que denominó *Poder Federativo*, incluía el “poder de la guerra y de la paz, las ligas

654 J. Locke, *Two Treaties of Government*, (ed. Peter Laslett). Cambridge, 1967, párrafo 57, p. 324.

655 *Idem*, p. 211.

656 *Idem*, p. 371.

657 *Idem*, párrafos 134, 149, 150, pp. 384, 385. V. los comentarios de Peter Laslett, “Introducción”, p. 117.

658 *Idem*, p. 177.

y alianzas de los acuerdos con todas las personas o comunidades fuera del Estado⁶⁵⁹.

De todas las funciones que le asignó al Estado soberano, la única que no consideró como un “poder” fue la *función de juzgar*, respecto de la cual, Peter Laslett, en su Introducción al libro de Locke, expresó que en su concepción esta: “no era un poder separado, pues era un atributo general del Estado”⁶⁶⁰.

En este esfuerzo por racionalizar las funciones del Estado, la novedad, en su época, de la tesis de Locke, residió en la distinción hecha entre la facultad de legislar (Poder Legislativo) y la de utilizar la fuerza en la ejecución de las Leyes (Poder Ejecutivo). En este contexto, no era necesario individualizar el poder de juzgar atribuido a funcionarios imparciales que, específicamente en Inglaterra, realizaban una función tradicional en la sociedad organizada.

En todo caso, es importante observar que Locke se limitó a racionalizar y sistematizar las funciones del Estado Soberano, no formulado en realidad, “teoría” alguna sobre la división del poder, y mucho menos sobre su separación. Es más, de la obra de Locke no se puede inferir tesis alguna en el sentido de que propugnara que el poder del Estado tenía que estar en manos distintas con el objeto de preservar la libertad o garantizar los derechos individuales⁶⁶¹. Sin embargo, sí admitió que si las funciones se llegaban a distribuir en diferentes manos, se podría obtener un equilibrio; tal y como lo mencionó en su libro: “equilibrar el poder del Gobierno colocando las diversas partes en manos diferentes”⁶⁶².

Quizá la contribución fundamental de Locke al principio de distribución del poder residió en su criterio de lo que llamó poderes Ejecutivo y Federativo que debían necesariamente estar en las mismas manos⁶⁶³, así como en su criterio de la *supremacía del Poder Legislativo* sobre los demás, al punto en que las funciones ejecutiva y judicial debían realizarse en ejecución y de conformidad con las leyes sancionadas y debidamente publicadas⁶⁶⁴. Para Locke, esta supremacía del Poder Legislativo era, precisamente, la consecuencia de la supremacía del Parlamento sobre el Monarca, como resultado de la Gloriosa Revolución de 1689.

Ahora bien, esta teoría de la distribución del poder que tuvo tanta influencia en el constitucionalismo moderno, al convertirse durante la Revolución Francesa, la división del poder en una “separación de poderes”, tuvo su formulación fundamental en los también muy conocidos trabajos de Charles Secondat, Barón de Montesquieu.

Según Montesquieu, la libertad política sólo existía en aquellos Estados en los que el Poder del Estado, conjuntamente con las funciones correspondientes, no se encon-

659 *Idem.*, p. 338. Con respecto al nombre que Locke le dio a este poder, expresó: “si a alguien le gusta. Y para que resulte claro, el nombre me es indiferente”, *idem.*, p. 383.

660 P. Laslett, “Introducción”, *loc. cit.*, p. 118.

661 *Idem.*, pp. 117-118.

662 *Idem.*, pp. 107, 850.

663 *Idem.*, p. 118.

664 M.J. C. Vile, *Constitutionalism and the separation of Powers*, Oxford, 1967, p. 36. Como lo decía Locke: “Sólo puede existir un poder supremo, a saber el Legislativo, al que todos los demás tienen y tendrán que subordinarse” ... “porque el que puede dar leyes a otro debe necesariamente ser superior”, Cap. XIII, pp. 149-150.

traba en manos de la misma persona o del mismo cuerpo de magistrados⁶⁶⁵. Esa es la razón por la cual, en su famoso trabajo *De l'Esprit des Lois*, insistió en que:

Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él; y lo hace hasta que encuentra límites... Para que no se pueda abusar del poder es necesario que por la disposición de las cosas, el poder limite al poder⁶⁶⁶.

A partir de su estudio comparado sobre los diferentes Estados que existían en la época (1748), Montesquieu llegó a la conclusión de que Inglaterra era el único Estado cuyo objetivo primordial era la libertad política, y esa es la razón por la que en el muy conocido capítulo VI del volumen XI de su libro, al estudiar la “Constitución de Inglaterra”, formuló su teoría sobre la división del Poder en tres categorías:

La potestad legislativa, la potestad ejecutiva de las cosas que dependen del derecho internacional y la potestad ejecutiva de aquellos que dependen del derecho civil. Mediante la primera, el Príncipe o el magistrado hacen las leyes por un período de tiempo o para siempre. Mediante la segunda, hace la paz o la guerra o envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Mediante la tercera castiga los crímenes, juzga los conflictos entre los particulares. Esta última se puede denominar la potestad de juzgar y la otra, simplemente la potestad ejecutiva del Estado⁶⁶⁷.

Siguiendo el ejemplo de Locke, Montesquieu, en realidad, también, definió diferentes funciones o potestades del Estado: la potestad de hacer las leyes, la potestad de juzgar y la potestad ejecutiva, englobado en esta última, las funciones que Locke había calificado como poder federativo y poder ejecutivo.

Sin embargo, la innovación de la división del Poder en Montesquieu, y lo que lo distinguió del enfoque de Locke fue, por una parte, su proposición de que para garantizar la libertad, las tres potestades no debían encontrarse en las mismas manos; y por la otra, en que en su división del poder, todas debían estar en un mismo nivel de igualdad pues de otra manera, el poder no podría frenar al poder. En el mismo Capítulo VI del Volumen XI *De l'Esprit des Lois*, Montesquieu expresó que:

Cuando la potestad legislativa está reunida con la potestad ejecutiva en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistrados, no hay libertad alguna... Así como tampoco hay libertad alguna si la potestad de juzgar no está separada de la potestad legislativa y ejecutiva...

Todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de magistrados, o de nobles, o del pueblo, ejercieran esos tres poderes; el de elaborar las leyes, el de ejecutar resoluciones públicas y el de juzgar los deseos o conflictos de los particulares⁶⁶⁸.

Por ello, agregaba,

[...] los Príncipes que han querido convertirse en despóticos han comenzado siempre por reunir en su persona todas las magistraturas [...].

665 A. Passerin d'Entrèves, *The Notion of State. An Introduction to Political Theory*, Oxford, 1967, p. 120.

666 Montesquieu, *De l'Esprit des Lois* (ed. G. Truc). Vol. I, Libro XI, Cap. IV, París, 1949, pp. 162-163.

667 *Idem*, Vol I, pp. 163 y ss.

668 *Idem*, Vol. I, p. 164. En el mismo Cap. VI. libro XI, Montesquieu añadió que “Cuando (el poder judicial) se une al legislativo, la vida y la libertad del sujeto se verá expuesta al control arbitrario; porque el juez será en ese momento legislador. Cuando se une al poder ejecutivo, el juez puede comportarse con violencia y opresión”. Cfr. Ch. H. McIlwain, *The High Court of Parliament and its Supremacy*, Yale, 1910, pp. 322-323.

Estas tres potencias deberían -además- formar un reposo o una inacción. Pero como por el movimiento necesario de las cosas, ellas deben andar, ellas estarían forzadas de andar concertadamente⁶⁶⁹.

Dentro de esta concepción, por supuesto, también estaba presente el concepto de libertad, conforme al mismo punto de vista de Locke. Montesquieu, incluso, afirmó en términos muy similares a los empleados por Locke, que:

Es cierto que en las democracias, el pueblo parece hacer lo que quiere; pero la libertad política no consiste en hacer lo que se desea. En un Estado es decir, en una sociedad donde existen leyes, la libertad sólo puede consistir en el poder de hacer lo que se debe querer y en no ser obligado a hacer lo que no se debe querer⁶⁷⁰.

Pero, en contraste con lo que sucedía en aquél entonces en Inglaterra, cuya Constitución analizaba Montesquieu, y donde después de la Gloriosa Revolución el Parlamento había asegurado su Supremacía, en su concepción de la división del poder, no había proposición alguna que otorgase superioridad a una potestad pública sobre otra, aún cuando al definir la potestad legislativa, como “la voluntad general del Estado” y la potestad ejecutiva, como “la ejecución de esa voluntad general”⁶⁷¹, podría deducirse que esta última, al consistir en la ejecución de la anterior, podía quedar sujeta a la voluntad de la primera. Esto sin embargo, en ningún caso podía entenderse en el sentido de subordinación política.

Por el contrario, Montesquieu concibió las tres potestades tan iguales que así podían frenarse mutuamente, como la única forma posible de cooperación en beneficio del mantenimiento de la libertad política. Esta es la razón por la cual Montesquieu concluyó con su famosa proposición de que:

[...] estas tres potestades deberían constituir un descanso o una inacción. Pero, como por el movimiento necesario de las cosas, ellas deben avanzar necesariamente, están obligadas a hacerlo en concierto⁶⁷².

Resulta claro, en todo caso, que tanto la concepción de Montesquieu como la de Locke fueron formuladas bajo el absolutismo. Ambos eran teóricos de la Monarquía Absoluta y es por ello que sus concepciones sobre la división del poder del Soberano, eran más una doctrina jurídica que un postulado político; en otras palabras, las teorías que formularon no respondían a la pregunta de quién debía ejercer la Soberanía, sino sobre cómo debía organizarse el poder para alcanzar ciertos objetivos⁶⁷³.

Pero además de las contribuciones de Locke y de Montesquieu, para la elaboración del principio de la limitación del poder, la concepción de Rousseau sobre la ley también ocupó un lugar preeminente en la teoría política que condujo a la reacción contra el Estado Absoluto y al surgimiento del Estado de Derecho. Esta concepción derivó en el postulado de la subordinación del Estado a la Ley, que sus propios órganos dictan. Es decir, permitió que surgiera el principio de legalidad y la consolidación del Estado de Derecho.

669 V. Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, (G. Tunc ed.), Vol. I, París, 1940, p. 169.

670 *Idem*, Vol. Libro XI, Cap. III, p. 162.

671 *Idem*, Vol. I, p. 166.

672 *Idem*, Vol. I, p. 172.

673 A. Passerin d'Entrèves, *op. cit.*, p. 121.

En efecto, tal como lo expresara Rousseau, el pacto o contrato social es la solución dada al problema de encontrar una forma de asociación:

[...] que defienda y proteja, con toda la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado, y mediante la cual cada uno, unidos a todos, sólo obedezca a sí mismo y permanezca con la misma libertad de antes⁶⁷⁴.

En esta forma se realizó “la transición del estado natural al estado civil”⁶⁷⁵. Pero como el mismo Rousseau lo señalara, si bien “a través del pacto social hemos dado existencia y vida al cuerpo político; ahora se trata de darle el movimiento y la libertad, mediante la legislación”⁶⁷⁶.

En esta forma, y esa fue la innovación de su proposición, las leyes, como forma de manifestación del Soberano son las que le dan movimiento y voluntad al Estado, producto del pacto social, en tanto en cuanto se trata de “actos de la voluntad general que estatuyen sobre una materia general”. Rousseau, entonces, no sólo construyó la teoría de la ley como “acto de la voluntad general”, a cuyas disposiciones deben someterse todas las actuaciones de los particulares, sino que estableció el principio de la generalidad de la ley, el cual, en consecuencia, permitió la reacción contra los privilegios, que también es otro de los elementos básicos del Estado de Derecho⁶⁷⁷.

Sin embargo, Rousseau limitó a dos las funciones del Estado: hacer las leyes y ejecutarlas, a las cuales calificó, conforme a la terminología de Montesquieu, como potestad legislativa y potestad ejecutiva⁶⁷⁸. Pero aquí tampoco se trataba de una doctrina de la separación de poderes, sino, conforme a las orientaciones de Locke y Montesquieu, de una doctrina de la división del poder, que es uno solo: el del Soberano, que resultaba del pacto social o de la integración de la voluntad general⁶⁷⁹.

Rousseau tampoco estaba a favor de colocar ambas funciones del poder -la expresión de la voluntad general a través de las leyes y la ejecución de dichas leyes- en las mismas manos. Por consiguiente, adoptando el mismo enfoque que Montesquieu, también recomendó que dichas funciones fuesen ejercidas por diferentes cuerpos, aun cuando a diferencia de Montesquieu, insistió en la necesaria subordinación que debía tener quien ejecutaba la ley, en relación a quien la elaboraba. Según el enfoque de Locke y dentro del sistema inglés esto permitió garantizar la subsiguiente supremacía del Parlamento, de la legislación y la Ley, luego desarrollada en Europa continental. Además, sin duda, la supremacía de la Ley iba a transformarse en la piedra angular del Derecho Público dentro del marco del Estado de Derecho en Europa, permitiendo el desarrollo del principio de igualdad, particularmente con respecto al Gobierno.

En este aspecto, Rousseau también coincidió con Montesquieu. De hecho, Rousseau expresó: “yo denomino en consecuencia, República, todo Estado regido por

674 J. J. Rousseau, *Du contrat Social*, (ed. Ronald Grimsley), Libro I. Cap. VI, Oxford 1972, p. 114.

675 *Idem*, Libro I, Cap. VIII, p. 19.

676 *Idem*, Libro II, Cap. V, p. 134.

677 *Idem.*, Libro II, Cap. V, p. 136.

678 *Idem.*, Libro II, Cap. I, p. 153.

679 R. Grimsley, “Introduction”, en Rousseau, *op. cit.*, p. 35.

leyes”⁶⁸⁰. Por su parte, Montesquieu también estableció como base de la existencia del “Estado” el que hubiera leyes, señalando “En un Estado, es decir, en una sociedad en la que existen leyes...”⁶⁸¹.

B. El efecto de las revoluciones Francesa y Americana

Puede afirmarse, en general, que las obras de Locke, Montesquieu y Rousseau configuraron todo el arsenal teórico-político para la reacción en contra, del Estado absoluto y su sustitución por un Estado que actuaba conforme a derecho, basado en la separación de poderes como garantía de la libertad. Esta reacción se produjo en Europa continental, con la Revolución Francesa (1789), y en América del Norte, con la Revolución de Independencia (1776), basadas en la exaltación del individualismo y de la libertad⁶⁸².

En efecto, todas las teorías antes mencionadas se basaron en el análisis de la condición natural del hombre y en la configuración de un pacto o contrato social, que establecía un Soberano como mecanismo para proteger la libertad. Esta fue la base para la subsiguiente exaltación del individualismo y la consagración de los derechos, no sólo de los ciudadanos de un Estado en particular, sino también del Hombre, con la consecuente construcción del liberalismo político y económico.

Igualmente se consideró necesario el que el poder del Estado, como producto de pacto social, también se dividiera y racionalizara a fin de evitar que el Soberano abusara de ese poder. Con ese fin, las funciones del Estado fueron sistematizadas y el poder dividido, abriéndose así, camino para la adopción de una fórmula diferente y más radical: la “separación de poderes”, como una *garantía de la libertad*.

Madison lo señaló al comienzo del constitucionalismo americano al indicar:

La acumulación de todos los poderes, legislativo, ejecutivo y judicial en las mismas manos, bien sea de uno, de pocos o de muchos, ya sea hereditario, auto-otorgado o electivo, puede considerarse justamente, como la definición de la Tiranía⁶⁸³.

Esa es la razón por la cual el principio de la separación de poderes, fue uno de los elementos esenciales de la Constitución americana. Por ejemplo, la Constitución de Massachussets de 1780 contenía expresiones categóricas, como la siguiente:

En el gobierno de esta Comunidad, el departamento legislativo no deberá ejercer los poderes ejecutivo y judicial, o alguno de ellos. El ejecutivo nunca deberá ejercer los poderes legislativo y judicial, o alguno de ellos, El judicial nunca deberá ejercer los poderes legislativo y ejecutivo, o alguno de ellos. En fin, debe ser un gobierno de leyes, no de hombres⁶⁸⁴.

680 *Idem.*, Libro III, Cap. VI.

681 Montesquieu, *op. cit.*, Libro IX, Cap. III, p. 162.

682 *V.* para lo que sigue Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992.

683 J. Madison, *The Federalist*, (ed. B. F. Wright) n° 47, Cambridge Mass, 1961, p. 336.

684 Art. XXX, *Massachusetts General Law Anotated*, St. Paul, Minn. Vol. 1-A, p. 582. En 1776, la Constitución de Virginia también tenía una declaración sobre la separación de poderes, considerado como “la afirmación más precisa de la doctrina que había aparecido en la época”. M. J. C. Vile, *op. cit.*, p. 118. El artículo 3 de la Constitución expresaba: “Los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial estarán separados y diferentes, de manera que ninguno ejerza poderes que pertenezcan en propiedad a los demás; ninguna persona

Además, se consideraba que el poder del Soberano (el pueblo) se actualizaba con la elaboración de las leyes, las cuales no sólo eran indispensables para la existencia del Estado mismo, sino que eran una garantía de la libertad civil y política; por ello, la función legislativa ejercida por los representantes del Soberano, ocupaba una posición superior en relación a las demás funciones ejecutivas.

En consecuencia, en este concepto que surgió de la Revolución francesa, todos los actos, tanto de los órganos del Estado como de los particulares, estaban sujetos a la ley, entendiéndose por ley, un acto de la voluntad general. Ello dio origen al principio de la legalidad.

En consecuencia, el Estado de Derecho y el liberalismo se basaron en los conceptos de libertad, de separación de poderes, de supremacía de la ley y del principio de legalidad. Como resultado, desde su origen, la esencia del Estado de Derecho, a diferencia del Estado Absoluto, descansó en el principio de la subordinación del Estado y de su Administración a la legalidad, en otras palabras, de la sumisión necesaria del Estado a la ley, la cual establecía límites al poder.

Sin embargo, dicha subordinación no siempre estuvo garantizada en forma definitiva, en los países europeos que adoptaron el modelo de Estado de Derecho. Por ejemplo, la concepción en forma extrema del principio de la separación de poderes en Francia, en sus inicios, impidió toda interferencia de un poder respecto de otro, de manera que el poder judicial no podía garantizar a los individuos que los órganos ejecutivos estarían subordinados a la legalidad. Prueba de ello fue la famosa Ley sobre Organización Judicial del 16/24 de agosto de 1790 que estableció lo siguiente:

Las funciones judiciales están y siempre deberán estar separadas de las funciones administrativas. Cualquier interferencia por parte de los jueces en las actividades de los cuerpos administrativos, o cualquier citación enviada por dichos jueces a los administradores, por motivos relacionados con sus funciones, constituirán una violación de sus deberes⁶⁸⁵.

Posteriormente, la Ley de 16 Fructidor del año III (1795), ratificó que “Los jueces, bajo pena de ley, tienen la prohibición de conocer de actos administrativos, sea cual sea su naturaleza”⁶⁸⁶.

Como resultado de esta concepción extrema de la separación de poderes, en Francia, la jurisdicción administrativa se tuvo que configurar paulatinamente como una jurisdicción separada del orden judicial para juzgar a la Administración. Así, si los jueces interferían en las funciones administrativas, incurrían en prevaricación; por ello, para poder juzgar los actos administrativos tuvo que configurarse una jurisdicción especial, diferente y separada del Poder Judicial, inicialmente inserta dentro de la Administración y que en su evolución culminó con la atribución de funciones jurisdiccionales al Consejo de Estado.

Por otra parte, como consecuencia del concepto de supremacía del Parlamento y de la Ley que resultó de la Revolución francesa, cualquier tipo de control sobre la constitucionalidad de las leyes en Europa, era inconcebible, y ello resultó así hasta

tampoco ejercerá los poderes de más de uno de esos al mismo tiempo, salvo respecto de los magistrados de tribunales de condado quienes podrán ser elegibles a cualquier Cámara del Parlamento”.

685 J. Rivero, *Droit Administratif*, París, 1973, p. 129; J. M. Auby y R. Drago, *Traité du Contentieux Administratif*, Vol. I, París, 1984, p. 379.

686 J. Rivero, *op. cit.*, p. 129.

los inicios de este siglo. Incluso, aún en la actualidad en Francia no existe un sistema de control directo a *posteriori* de la constitucionalidad de las leyes (es decir respecto de leyes promulgadas); y sólo fue en los períodos de postguerra, en los años veinte y a partir de los cuarenta, cuando se establecieron en otros países europeos, sistemas de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, lo que aún sigue siendo inconcebible en el sistema constitucional británico.

En todo caso, durante el siglo pasado y el presente siglo, la evolución del principio de separación de poderes y de la supremacía del legislador condujo paulatinamente a la subordinación del Estado y de todos sus órganos a la ley y a la legalidad, y al establecimiento de controles jurisdiccionales para ese fin, bien sea a través de Tribunales especiales, creados en forma separada del Poder Judicial, o a través de Tribunales integrados al mismo. Esa subordinación y este control condujeron, a finales del siglo pasado, al verdadero nacimiento del Derecho Administrativo en Europa e incluso en Inglaterra, como una rama autónoma de las ciencias jurídicas, producto, sin duda, del afianzamiento del Estado de Derecho. Este Estado sometido a la legalidad es una victoria irreversible del Estado de Derecho, implantada en el mundo entero.

En todo caso, las características de la aplicación del principio de la separación de poderes naturalmente han variado de un país a otro; su fundamentación original y exigencia permanente, es decir, la garantía de la libertad, a veces se ha olvidado; y, en muchos casos, incluso, se ha empleado para situaciones que no se habían contemplado originalmente⁶⁸⁷. En Inglaterra, por ejemplo, la separación de poderes se ha mantenido, pero basada en la supremacía del Parlamento sobre los diferentes órganos del Estado, de manera que los Tribunales están sujetos al Parlamento, una de cuyas Cámaras, incluso, actúa como una Alta Corte; permitiéndose a los Tribunales la posibilidad de controlar sólo a las autoridades administrativas.

El principio de la separación de poderes también ha prevalecido en los Estados Unidos de Norteamérica y en los Estados de América Latina, pero con el objetivo de separar claramente las funciones legislativa y ejecutiva, y permitir a la Corte Suprema, incluso, declarar la inconstitucionalidad de actos del Congreso.

En Francia, dicho principio se desarrolló inicialmente para hacer suprema a la Asamblea Nacional, llevándose la separación de poderes, como se ha dicho, al extremo de impedir que los tribunales ordinarios controlasen la legalidad de los actos administrativos, y eliminándose toda posibilidad de control a posteriori de la constitucionalidad de los actos del legislador.

La Constitución norteamericana puede considerarse como un ejemplo del principio de la separación de poderes, aun cuando no contiene norma alguna destinada especialmente a regularla. Sin embargo, este principio resulta evidente de varias de sus normas que estipulan, por ejemplo, que todos los poderes legislativos le son confiados al Congreso; que el Poder Ejecutivo se le confiere al Presidente; y que el Poder Judicial de los Estados Unidos está en manos de la Corte Suprema⁶⁸⁸. La rigidez de la separación de poderes también resulta evidente del hecho de que el Gabi-

687 I. Jennings, *The Law and the Constitution*, Londres, 1972, pp. 25-28.

688 Arts. 1,1; 2,1; y 3,1.

nete ejecutivo es completamente independiente del Congreso, con el cual no mantiene una comunicación formal⁶⁸⁹.

En todo caso, el principio ha sufrido numerosos cambios debido a la interpretación y a la práctica constitucional. En primer lugar, conjuntamente con el principio de la separación de poderes, existe un sistema de control y equilibrio entre los poderes, de manera que, por ejemplo, el Ejecutivo siempre tiene algún tipo de participación en la actividad del Poder Legislativo, a través de la iniciativa legislativa, el veto presidencial a las leyes, y de la presentación del Mensaje anual ante el Congreso; y del Poder Judicial, a través de la prerrogativa del indulto. En cuanto al poder del Ejecutivo de nombrar funcionarios y ratificar Tratados, ello requiere la aprobación del Legislador, quien también interfiere en las funciones judiciales en casos de enjuiciamiento del Presidente, siendo responsable, dentro de los límites de la Constitución, de la organización del Poder Judicial. Finalmente, los Tribunales están autorizados para establecer sus normas de procedimiento, lo que indudablemente constituye el ejercicio de una función normativa; y ejercen el poder de controlar las acciones del mismo Congreso⁶⁹⁰.

En todo caso, de la implantación del principio de la separación de poderes en el constitucionalismo moderno, surgieron las formas de gobierno, presidencial y parlamentaria.

C. Los sistemas de gobierno en el constitucionalismo moderno: la consecuencia de la implantación del principio de la separación de poderes ante el principio monárquico y el republicanismo

Es evidente que como lo ha dicho Diego Valadés refiriéndose al presidencialismo latinoamericano, para una adecuada comprensión de los sistemas de gobierno contemporáneos “se hace imprescindible ahondar en las raíces del poder en los Estados que emergieron a la libertad a principios del Siglo XIX⁶⁹¹”.

Por ello, en relación con los sistemas parlamentarios europeos, Dieter Nohlen también ha afirmado que “en la fase de la formación de la sociedad civil en el Siglo XIX, el sistema de separación de poderes -Corona y gobierno (dependiente de la Corona) por un lado, y el parlamento, por el otro-, fue justamente superado por la parlamentarización de los sistemas políticos, proceso por el cual, en un *timing* diferente según los países, el gobierno volvió a ser dependiente del parlamento. El parlamento se impuso como órgano preeminente⁶⁹²”. Por ello es que puede decirse que

689 M. García-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1957, p. 350.

690 *Idem.*, p. 350. En General, A y S. Tunc, *Le Système Constitutionnel des Etats Unies d'Amérique*, 2 vols., Paris, 1954.

691 Diego Valadés, “El presidencialismo latinoamericano en el siglo XIX”, *Revista parlamentaria de habla hispana*, n° 2, 1986, p. 49.

692 Dieter Nohlen, “Sistemas de gobierno. Perspectivas conceptuales y comparativas” en Juan Linz et al, *Reformas al presidencialismo en América Latina: ¿Presidencialismo vs. Parlamentarismo?*, Comisión Andina de Juristas, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, pp. 59-60

la diferenciación entre el Jefe del Estado y el de gobierno en el constitucionalismo moderno surgió con los sistemas parlamentarios⁶⁹³,

Los procesos, en todo caso, tuvieron su origen en las Revoluciones norteamericana y francesa, que a la vez influyeron en la revolución latinoamericana del Siglo XIX.

2. Algunos aspectos de la Revolución norteamericana y la separación de poderes en un sistema de gobierno republicano (antimonárquico)

A. La democracia y la soberanía del pueblo

El sistema de gobierno en Norteamérica surgió de la independencia como una reacción contra la monarquía, basada en la democracia y el republicanismo⁶⁹⁴ basado en el concepto de soberanía del pueblo.

En consecuencia, con la Revolución norteamericana, el principio tradicional de legitimidad monárquica del Estado fue sustituido definitivamente. La soberanía no correspondió más a un monarca, sino al pueblo, y por ende, con la Revolución americana puede decirse que se inició la práctica del gobierno democrático en el mundo moderno. El mismo principio fue luego recogido por la Revolución francesa, pero duró en la práctica constitucional muy poco, debido a la restauración de la Monarquía a partir de 1815.

En todo caso, este fue un concepto fundamental en el trabajo de De Tocqueville, constituyendo incluso, el título de su libro *La democracia en América* (1835)⁶⁹⁵, en el cual dijo con razón, que “cuando se quiere hablar de las leyes políticas de los Estados Unidos, hay que comenzar siempre con el dogma de la soberanía del pueblo”.

Un principio que De Tocqueville consideró que “...domina todo el sistema político de los angloamericanos”, añadiendo, que:

Si hay algún país en el mundo en que se pueda apreciar en su justo valor el dogma de la soberanía del pueblo, estudiarlo en su aplicación a los negocios jurídicos y juzgar sus ventajas y sus peligros, ese país es sin duda Norteamérica.

A ese efecto consagró su libro, para estudiar precisamente la democracia en Norteamérica. Sin embargo, es evidente que la democracia se había desarrollado en Norteamérica tiempo antes de la Independencia, lo que destacó De Tocqueville al indicar que su ejercicio, durante el régimen colonial:

Se veía reducido a ocultarse en las asambleas provinciales y sobre todo en las comunas donde se propagaba en secreto”... No podía mostrarse ostensiblemente a plena luz en el seno de las leyes, puesto que las colonias estaban todavía constreñidas a obedecer.

693 Diego Valadés, *El gobierno de gabinete*, op. cit., p. 5

694 V. para lo que sigue Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 90 y ss.

695 Hemos utilizado la edición del Fondo de Cultura Económica, México 1973.

Por ello, una vez que la Revolución norteamericana estalló:

El dogma de la soberanía del pueblo, salió de la comuna y se apoderó del gobierno. Todas las clases se comprometieron por su causa; se combatió y se triunfó en su nombre; llegó a ser la ley entre las leyes... cada individuo constituye una parte igual de esa soberanía y participa igualmente en el gobierno del Estado.

El título del primer capítulo de la segunda parte del libro de De Tocqueville, reza así: de “Cómo se puede decir rigurosamente que en los Estados Unidos es el pueblo el que gobierna”, iniciando el primer párrafo en la siguiente forma:

En Norteamérica el pueblo nombra a quien hace la ley y a quien la ejecuta; él mismo forma el jurado que castiga las infracciones de la Ley. No solamente las instituciones son democráticas en principio, sino también en todo su desarrollo. Así, el pueblo nombra directamente a sus representantes y los escoge cada año, a fin de tenerlos completamente bajo su dependencia. Es, pues, realmente el pueblo quien dirige y, aunque la forma de gobierno sea representativa, es evidente que las opiniones, los prejuicios, los intereses, y aún las pasiones del pueblo no pueden encontrar obstáculos durables que le impidan producirse en la dirección cotidiana de la sociedad.

De ello concluía De Tocqueville afirmando que “Norteamérica es la tierra de la democracia”.

Pero uno de los principales aspectos a los cuales De Tocqueville se refirió en relación a la democracia, fue el relativo a “las causas principales del mantenimiento de la república democrática en el Nuevo Mundo”, afirmando:

Tres cosas parecen contribuir más que todas las demás al mantenimiento de la república democrática en el nuevo mundo:

La primera es la forma federal que los norteamericanos han adoptado, y que permite a la Unión disfrutar del poder de una gran república y de la seguridad de una pequeña.

Encuentro la segunda en las instituciones comunales que moderando el despotismo de la mayoría, dan al mismo tiempo al pueblo el gusto de la libertad y el arte de ser libre.

La tercera se encuentra en la constitución del poder judicial. He demostrado cómo los tribunales sirven para corregir los extravíos de la democracia y cómo sin poder detener jamás los movimientos de la mayoría, logran hacerlos más lentos, así como dirigirlos.

De allí, la relación que De Tocqueville estableció entre la democracia y la descentralización, y su afirmación de que los problemas de la “omnipotencia de la mayoría” e incluso la “tiranía de la mayoría”, fuera moderada por la casi inexistencia de centralización administrativa y por la influencia de la profesión legal en Norteamérica.

En todo caso, la democracia como una forma de gobierno, buscada, lograda o mantenida, es la segunda tendencia en el constitucionalismo moderno y contemporáneo, inspirada por el proceso constitucional norteamericano. Todas las constituciones en el mundo la establecieron como un componente básico de sus sistemas políticos, y es el símbolo de nuestro tiempo, aún cuando su mantenimiento no ha sido siempre asegurado.

Por supuesto, el dogma de la soberanía del pueblo y de la democracia republicana fue recogido de inmediato en América Latina, a raíz de la Independencia.

Basta así, para darse cuenta, leer los motivos de la Junta Suprema de Venezuela en 1810 para convocar a elecciones, al adoptar el Reglamento de las mismas, constataando la falta de representatividad de las provincias en el gobierno de Caracas, lo

que debía remediarse constituyéndose un poder central. La Junta, así, al dirigirse a los habitantes de Venezuela señaló:

Sin una representación común, vuestra concordia es precaria, y vuestra salud pelagra. Contribuid a ella como debéis y como desea el gobierno actual. El ejercicio más importante de los derechos del pueblo es aquel en que los transmite a un corto número de individuos, haciéndolos árbitros de la suerte de todos.

De allí, el llamamiento de la Junta:

Todas las clases de hombres libres son llamadas al primero de los goces de ciudadano, que es el concurrir con su voto a la delegación de los derechos personales y reales que existieron originariamente en la masa común y que le ha restituido el actual interregno de la Monarquía.

El Congreso formado por los diputados electos, e instalado a comienzos de 1811, entonces, no sólo declaró los Derechos del Pueblo (1º de julio) y la Independencia (5 julio), sino que sancionó la Constitución que a la usanza del texto de la Constitución norteamericana de 1787, está precedida por la siguiente declaración:

Nos, el pueblo de los Estados Unidos de Venezuela, usando de nuestra soberanía y deseando establecer entre nosotros la mejor administración de justicia, procurar el bien general, asegurar la tranquilidad interior, proveer en común la defensa exterior, sostener nuestra libertad e independencia política, conservar pura e ileña la sagrada religión de nuestros mayores, asegurar perpetuamente a nuestra posteridad el goce de estos bienes y estrechados mutuamente con la más inalterable unión y sincera amistad, hemos resuelto confederarnos solemnemente para formar y establecer la siguiente Constitución, por la cuál se han de gobernar y administrar estos estados...

El republicanismo y asambleísmo, en todo caso, fue una constante en toda la evolución constitucional de la naciente República, por lo que desde las campañas por la independencia de Simón Bolívar, el empeño por legitimar el poder por el pueblo reunido o a través de elecciones, fue siempre una constante en nuestra historia política.

B. La separación de poderes y el sistema presidencial

Abandonado el esquema monárquico, en la Constitución de los Estados Unidos de 1787, y previamente, en las distintas Constituciones de las antiguas colonias, el principio de separación orgánica de poderes, fue expresado formalmente por primera vez dentro de la más ortodoxa doctrina de la época⁶⁹⁶, al propugnar la limitación del poder político.

Por ejemplo, la primera de esas Constituciones, la de *Virginia* en 1776, estableció (Art. III):

Los Departamentos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, deberán estar separados y distintos, de manera que ninguno ejerza los poderes pertinentes a otro; ni persona alguna debe ejercer más de uno de esos poderes al mismo tiempo [...]

⁶⁹⁶ V. para lo que sigue Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 110 y ss.

La Constitución norteamericana de 1787, no tiene norma similar dentro de su articulado, pero su principal objetivo fue, precisamente, organizar la forma de gobierno dentro del principio de separación de poderes, pero permitiendo diversas interferencias, entre ellos, en un sistema de frenos y contrapesos, y particularmente, regulando los poderes del Ejecutivo en lo que fue una nueva forma de gobierno, el presidencialismo, como opuesto al parlamentarismo, y una configuración particular del Poder Judicial, nunca antes conocida en la práctica constitucional.

De Tocqueville se refirió en su libro a estos dos aspectos del principio. En relación al Poder Ejecutivo, inmediatamente puntualizó que en los Estados Unidos:

El mantenimiento de la forma republicana exigía que el representante del Poder Ejecutivo estuviese sometido a la voluntad nacional; de ahí que, -dijo- “el Presidente es un magistrado efectivo... el único y sólo representante del Poder Ejecutivo de la Unión”. Pero anotó, “...al ejercer ese poder, no es por otra parte completamente independiente”.

Esa fue una de las particulares consecuencias del sistema de frenos y contrapesos de la separación de poderes adoptados en los Estados Unidos, pero sin hacer al Poder Ejecutivo dependiente del Parlamento, como en los sistemas de gobierno parlamentarios.

Por ello, al comparar el sistema de las monarquías parlamentarias europeo con el sistema presidencial de los Estados Unidos, De Tocqueville se refirió al importante papel que el Poder Ejecutivo jugaba en Norteamérica en contraste con la situación de un Rey constitucional en Europa. Un Rey constitucional, observó, “no puede gobernar cuando la opinión de las Cámaras Legislativas no concuerda con la suya”. En el sistema presidencialista, contrariamente, la sincera ayuda del Congreso al Presidente “es sin duda útil, pero no es necesaria para la marcha del gobierno”.

La separación de poderes y el sistema presidencial de gobierno, en todo caso, fue seguido posteriormente en todas las repúblicas latinoamericanas, después de la Independencia o después de la experiencia de gobiernos monárquicos, como los que hubo en algunos países.

A tal efecto, los escritos de Locke, Montesquieu y Rousseau conformaron todo el arsenal histórico político que permitió la reacción contra el Estado absoluto y su sustitución por el Estado de Derecho, como garantía de la libertad, lo cual se concretó en la Revolución francesa, en base a la exaltación del individualismo y de la libertad. Como consecuencia de ella, el principio de la separación de poderes encontró consagración expresa en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, conforme a la cual “en cualquier sociedad en la cual las libertades no estuvieran debidamente garantizadas y no estuviese determinada la separación de poderes, no hay Constitución”.

Antes, sin embargo, con su adopción en las Constituciones de las antiguas colonias inglesas a partir de 1776 y luego, en la Constitución norteamericana de 1787, la distribución horizontal del poder se había convertido en uno de los pilares básicos del constitucionalismo moderno.

Bajo la inspiración de estos principios se redactó la primera Constitución de Venezuela y de todos los países latinoamericanos, sancionada el 21 de diciembre de 1811, en la cual se estableció la igualdad como uno de los “derechos del hombre en sociedad” (éstos eran conforme al artículo 151, la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad) derivados del “pacto social”. Esta concepción pactista encuentra su

expresión en el propio texto constitucional, al expresar sus artículos 141 y 142, lo siguiente:

Después de constituidos los hombres en sociedad han renunciado a aquella libertad limitada y licenciosa a que fácilmente los conducían sus pasiones, propias sólo del estado salvaje. El establecimiento de la sociedad presupone la renuncia de esos derechos funestos, la adquisición de otros más dulces y pacíficos, y la sujeción a ciertos deberes mutuos.

El pacto social asegura a cada individuo el goce y posesión de sus bienes, sin lesión del derecho que los demás tengan a los suyos.

En el orden jurídico-político, la Constitución de 1811, además, consagró expresamente la división del Poder Supremo en tres: Legislativo, Ejecutivo y Judicial “confiado a distintos cuerpos independientes entre sí y en sus respectivas facultades” (Preámbulo), conforme a la más pura fórmula revolucionaria francesa, señalando expresamente que:

El ejercicio de esta autoridad confiada a la Confederación no podrá jamás hallarse reunida en sus diversas funciones (Preámbulo), siendo preciso que “se conserven tan separados e independientes el uno del otro cuando lo exija la naturaleza de un gobierno libre” (Art. 189).

La separación de poderes era, así, la garantía esencial de la libertad. Ello llevó a Andrés Bello a considerar que el ensanche de la libertad civil en todos los pueblos civilizados de la tierra:

[...] era debido casi exclusivamente a la observancia que tienen en ellos el principio de feliz invención que determina y separa los poderes constitucionales...”.

y agregaba:

Cualquiera que sea la forma de gobierno, la observancia de este principio debe ser la columna de los derechos civiles; y faltando él, no se podrá contar con ninguno de los bienes que deben asegurar al individuo las leyes de una sociedad organizada⁶⁹⁷.

Sin embargo, este mecanismo de separación de poderes y de hegemonía del Poder Legislativo que se reguló en Venezuela en los primeros años de la vida republicana, para evitar la formación de un poder fuerte, no sólo originó la caída de la Primera República, sino que originó críticas del Libertador Simón Bolívar, siendo cambiado a partir de 1819.

3. La Revolución Francesa y la separación de poderes en un sistema de gobierno monárquico

A. El principio de la soberanía nacional, el republicanismo y el gobierno representativo

Así como el principio del republicanismo es el elemento esencial que surge con la revolución norteamericana, el principio fundamental que surge del constitucionalismo revolucionario francés, es el de la soberanía nacional⁶⁹⁸.

⁶⁹⁷ V. Allan R. Brewer-Carías, *La concepción del Estado en la obra de Andrés Bello*, Madrid, 1983, pp. 66 y 67.

En efecto, conforme al régimen absolutista el soberano era el Monarca, quien ejercía todos los poderes e, incluso, era quien otorgaba la Constitución del Estado. Con la Revolución el Rey fue despojado de su soberanía; dejó de ser Rey de Francia y comenzó a ser Rey de los franceses trasladándose la soberanía, al pueblo. La noción de Nación surge entonces para lograr privar al Rey de su soberanía, pero como la soberanía existía sólo en la persona que la podía ejercer, era necesario estructurar la noción de “Nación”, como personificación del pueblo, para reemplazar al Rey en su ejercicio.

De allí el principio de la soberanía atribuida a la Nación y no al Rey o a los gobernantes, que surge del texto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano:

El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercer autoridad alguna que no emane de ella expresamente (Art. 3).

La Declaración de Derechos que precedió la Constitución de 1793, señalaba “La soberanía reside en el pueblo. Ella es una e indivisible, imprescindible e inalienable” (Art. 25).

Y la Declaración que precedió la Constitución de 1795, señaló:

La soberanía reside esencialmente en la universalidad de los ciudadanos. Ningún individuo, ninguna reunión parcial de ciudadanos puede atribuirse la soberanía.

Estos principios fueron recogidos en la Declaración venezolana de Derechos del Pueblo de 1811, cuyos primeros 2 artículos de la Sección “Soberanía del Pueblo” establecieron:

La soberanía reside en el pueblo; y el ejercicio de ella en los ciudadanos con derecho a sufragio, por medio de sus apoderados legalmente constituidos (Art. 1);

La soberanía, es por su naturaleza y esencia, imprescindible, inajenable e indivisible (Art. 2).

La Constitución venezolana de 1811, en todo caso, definió la soberanía popular conforme a la misma orientación: “Una sociedad de hombres reunidos bajo unas mismas leyes, costumbres y gobiernos forma una soberanía” (Art. 143).

La soberanía de un país o supremo poder de reglar o dirigir equitativamente los intereses de la comunidad, reside, pues esencial y originalmente en la masa general de sus habitantes y se ejercita por medio de apoderados o representantes de estos, nombrados y establecidos conforme a la Constitución (Art. 144).

Conforme a estas normas, por tanto, en las antiguas Provincias coloniales de España que formaron Venezuela, la soberanía del monarca español cesó y comenzó la soberanía a ejercerse por el pueblo, que se dio a sí mismo una Constitución a través de sus representantes electos. Por ello, la Constitución de 1811, comenzó señalando:

En nombre de Dios Todopoderoso, Nos, el pueblo de los Estados de Venezuela, usando de nuestra soberanía... hemos resuelto confederarnos solemnemente para formar y establecer la siguiente Constitución, por la cual se han de gobernar y administrar estos Estados.

698 V. para lo que sigue Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 186 y ss.

La idea del pueblo soberano, por tanto, que no sólo proviene de la Revolución francesa sino antes, de la Revolución americana, se arraiga en el constitucionalismo venezolano desde 1811, contra la idea de la soberanía monárquica que aún imperaba en España en ese momento.

Debe destacarse, además, que a pesar de su carácter monárquico, la Constitución francesa de 1791 fue representativa, desde el momento en que la Nación ejercía su poder a través de representantes. En todo caso, fue precisamente por el sistema que se estableció para la participación, que la Revolución tuvo una especial significación social vinculada a la burguesía, ya que conforme al sistema de sufragio que se estableció, un gran número de ciudadanos fue excluido de la actividad electoral.

En todo caso, después de la Monarquía y ejecutado Luis XVI, la Constitución de 1793 estableció la República, en sustitución de la Monarquía, como “única e indivisible” (art. 1); en la cual el pueblo soberano, constituido por “la universalidad de los ciudadanos franceses”, nombraba sus representantes en los cuales le delegaba el ejercicio de los poderes públicos (art. 7 a 10).

Estas ideas de la representatividad, sin embargo, en Francia se impusieron desde el momento mismo de la Revolución, en 1789, a pesar de que al inicio la forma del gobierno siguió siendo Monárquica. Así, en la Constitución de 1791 se estableció que:

La Nación de la cual emanan todos los poderes, no los puede ejercer sino por delegación.

La Constitución francesa es representativa: los representantes son el cuerpo legislativo y el Rey (Art. 2, título III).

Por tanto, incluso el Rey se convirtió con la Revolución en representante de la Nación, hasta que fue decapitado, y con ello la Monarquía convertida en República, fue completamente representativa.

Esta idea de representatividad republicana, por supuesto, también provino inicialmente de la Revolución americana, y se recogió en la Constitución venezolana de 1811, en la cual, como señalamos, se establece que la soberanía se ejercita sólo “por medio de apoderados o representantes de éstos, nombrados y establecidos conforme a la Constitución” (art. 144). Por ello, agrega la Constitución de 1811:

Ningún individuo, ninguna familia, ninguna porción o reunión de ciudadanos, ninguna corporación particular, ningún pueblo, ciudad o partido, puede atribuirse la soberanía de la sociedad que es imprescindible, inajenable e indivisible, en su esencia y origen, ni persona alguna podrá ejercer cualquier función pública del gobierno si no la ha obtenido por la Constitución (Art. 146).

En definitiva, siendo el sistema de gobierno netamente republicano y representativo, conforme a la más exacta expresión francesa de la Declaración de 1789 (Art. 6), la Constitución de 1811 estableció que:

La Ley es la expresión libre de la voluntad general de la mayoría de los ciudadanos, indicada por el órgano de sus representantes legalmente constituidos (Art. 149).

B. El principio de la separación de poderes

La idea de la separación de poderes, debido a la formulación teórica de Locke y Montesquieu, como se ha dicho, si bien fue expresada constitucionalmente por pri-

mera vez en las Constituciones de las Colonias americanas de 1776, y luego imbuida en el texto de la Constitución norteamericana de 1787⁶⁹⁹; puede decirse que en Francia, fue materialmente el motivo fundamental de la Revolución, al punto de que en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 se incluye, en el artículo XVI, la famosa proposición de que:

Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución.

Por lo tanto, en los artículos de la Constitución que siguieron a la Declaración de 1789, como primer acto constitucional revolucionario, se establecieron expresamente las consecuencias del principio, al establecer que “El Poder Legislativo reside en la Asamblea Nacional” (art. 8); que “El Poder Ejecutivo supremo reside exclusivamente en el Rey” (art. 16), no pudiendo este poder “hacer ninguna ley” (art. 17); y que “El Poder Judicial no podrá en ningún caso, ser ejercido por el Rey, ni por el cuerpo legislativo” (art. 17).

Este principio de la separación de poderes, de la esencia del proceso revolucionario francés, fue incorporado en forma expresa en la Constitución de 1791 en la cual se precisó (Título III):

3. El Poder Legislativo es delegado a una Asamblea Nacional, compuesta de representantes temporales, libremente elegidos por el pueblo, para ser ejercido por ella, con la sanción del Rey, de la manera que se determina en esta Constitución.

4. El gobierno es monárquico: el Poder Ejecutivo es delegado en el Rey, para ser ejercido bajo su autoridad, por los Ministros y otros agentes responsables, de la manera que se determina en esta Constitución.

5. El Poder Judicial es delegado a los jueces temporalmente por el pueblo.

Sin embargo, en el sistema francés de separación de poderes de 1791, se estableció un claro predominio del Poder Legislativo. Por ello, el Rey no podía ni convocar, ni suspender ni disolver la Asamblea; sólo tenía un poder de veto, sólo de suspensión, pero no tenía iniciativa, aún cuando podía sugerir a la Asamblea tomar en consideración ciertos asuntos. La Asamblea, por su parte, no tenía control sobre el Ejecutivo, ya que la persona del Rey era sagrada e inviolable. Sólo los ministros eran responsables penalmente. En todo caso, la Asamblea tenía importantes atribuciones ejecutivas, como el nombramiento de algunos funcionarios, la vigilancia de la administración, la declaración de la guerra y la ratificación de los Tratados.

La consecuencia del principio de la separación de poderes, en un esquema en el cual el Legislador tenía la supremacía, fue la prohibición impuesta a los Poderes Ejecutivo y al Judicial de inmiscuirse en los asuntos de los otros Poderes. Así, al regular las funciones de los administradores de Departamento, la Constitución de 1791 precisó que “no podrán, ni inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo, o suspender la ejecución de las leyes, ni actuar en el orden judicial, ni sobre las disposiciones u operaciones militares” (art. 3, Cap. IV, Título IV). En cuanto al Poder Judicial, se estableció, que este “en ningún caso podría ser ejercido por el Cuerpo Legislativo ni por el Rey” (art. 1, Cap. V, Título III), pero se expresaba además que

699 V. para lo que sigue Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 191 y ss.

“los Tribunales no pueden, ni inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo, o suspender la ejecución de las leyes, ni actuar en relación a los funcionarios administrativos, ni citar ante ellos a los administradores en razón de sus funciones” (art. 3, Cap. V, Título III).

En materia judicial, esta concepción extrema de la separación de poderes tenía una razón histórica: los *Parlements*, que eran los Tribunales del antiguo régimen, y que, habían tenido un papel activo, como instrumentos de la aristocracia, para oponerse a las reformas impositivas. La Revolución había surgido, entonces, signada por una reticencia tal respecto del Poder Judicial, que la separación de poderes llegó allí al extremo de impedir no sólo que los jueces pudiesen interpretar las leyes (por supuesto, jamás la posibilidad de anular leyes), sino la injerencia de los Tribunales respecto de la Administración, lo que fue incluso consagrado expresamente en la Ley 16-24 de agosto de 1790 sobre la reorganización del Poder Judicial, en la cual además de abolir la venalidad de las funciones judiciales y establecer la gratuidad de la justicia (Título II, Art. 2), se estableció que:

Las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, so pena de prevaricación, perturbar, de la manera que sea las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores en razón de sus funciones (Título II, Art. 13).

Fue este principio externo, el que llevó, como ya se señaló, casi 100 años después, a la consolidación de la jurisdicción administrativa a cargo del Consejo de Estado para juzgar la Administración y para anular los actos administrativos (jurisdicción contencioso-administrativa) pero, por, supuesto, en forma separada respecto del Poder Judicial. Es decir, la jurisdicción contencioso-administrativa en Francia, en definitiva, tuvo su origen en el acto revolucionario de expresión extrema de la separación de poderes, que prohibía a los jueces ordinarios a juzgar a la Administración, lo que aún sigue teniendo vigor.

En materia de control de la legislación, la situación de abstención de los jueces era similar. Conforme a las enseñanzas de Montesquieu los jueces sólo podían ser “la boca que pronuncia las palabras de la Ley” por lo que incluso, como se señaló, la interpretación de la Ley les era prohibida inicialmente, y mediante el procedimiento llamado del *referé legislatif*, los jueces estaban obligados a consultar a la Asamblea Nacional cuando tuviesen dudas sobre la interpretación de las leyes. En este esquema, los jueces no podían controlar la constitucionalidad de las leyes, lo que incluso condujo a que, a partir de la Constitución de 1958 en Francia, se hubiese creado un Consejo Constitucional, también separado del Poder Judicial, para juzgar dicha constitucionalidad, pero sólo respecto de las leyes sancionadas por la Asamblea, pero aún no promulgadas.

La primacía del legislador en el constitucionalismo francés, en todo caso, desembocó en la configuración progresiva del sistema parlamentario de gobierno, al quitársele al Monarca el monopolio del Poder Ejecutivo que originalmente tuvo, desdoblándose éste de la jefatura del Estado con la que se quedó el Monarca, y el gobierno, dependiente del parlamento.

Como principio, el de la separación de poderes, por supuesto, también influyó en el constitucionalismo venezolano, pero no conforme a la interpretación extrema francesa, sino conforme a la modalidad adoptada en los Estados Unidos conforme al

sistema presidencial, y que se expresó en las Constituciones de las Colonias de 1776, de las cuales proviene la siguiente expresión del Preámbulo de la Constitución de 1811:

El ejercicio de la autoridad confiada a la Confederación no podrá jamás hallarse reunido en sus diversas funciones. El Poder Supremo debe estar dividido en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y confiado a distintos cuerpos independientes entre sí y en sus respectivas facultades.

Sin embargo, el principio de la separación de poderes no se concibió como el establecimiento de compartimientos estancos, sino conforme a un sistema de pesos, contrapesos, e interferencias constitucionales radicalmente distintos al sistema francés. En particular, entre ellas, resulta necesario destacar el papel del Poder Judicial en el control de los otros poderes respecto de su adecuación a la Constitución, y a la vigencia de la garantía objetiva de la Constitución, conforme a la influencia recibida del constitucionalismo americano.

De acuerdo a ello, en Venezuela, desde el siglo pasado el Poder Judicial (la Corte Suprema) ejerce la jurisdicción contencioso administrativa (control de la legalidad y constitucionalidad de las actividades administrativas) y la jurisdicción constitucional (control de la constitucionalidad de las leyes), y ello no puede considerarse ni nunca se ha considerado como una ruptura o violación del principio de la separación de poderes, sino como una consecuencia esencial del mismo.

En efecto, la Constitución de 1811, estableció expresamente el principio de la supremacía constitucional, con la consecuencia expresa de que:

[...] las leyes que se expidan contra el tenor de ello no tendrán ningún valor sino cuando hubieren llenado las condiciones requeridas para una justa y legítima revisión y sanción (Art. 227).

En el mismo sentido, luego de la enumeración de los derechos fundamentales, la Constitución de 1811 precisó que dichos derechos:

[...] están exentos y fuera del alcance del poder general ordinario del gobierno y que, conteniendo o apoyándose sobre los indestructibles y sagrados principios de la naturaleza, toda ley contraria a ellos que sé expida por la legislatura federal o por las provincias será absolutamente nula y de ningún valor (art. 199).

En estos principios, sin duda, debe situarse el origen de la concepción venezolana del poder atribuido al Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional) para declarar la nulidad de las leyes inconstitucionales, tan característico de nuestra tradición constitucional, e inexistente en Francia, salvo a partir de 1958 por lo que se refiere al control preventivo de la constitucionalidad de las leyes no promulgadas. En esos principios también debe situarse el origen del poder atribuido a todos los jueces para desaplicar las leyes que consideren inconstitucionales en los casos concretos que decidan (art. 20 Código de Procedimiento Civil) adoptado, sin duda, bajo la influencia del constitucionalismo norteamericano.

C. El principio de la supremacía de la Ley: el principio de la legalidad

Como se ha dicho, la Revolución francesa estuvo signada por el principio de la supremacía del legislador, que representaba a la Nación⁷⁰⁰. Al haber controlado el *Tercer Estado* la Asamblea Nacional en 1789, ésta se convirtió en representante todopoderosa de la Nación. De allí que de acuerdo al postulado roussoniano de que la “ley es expresión de la voluntad general”, habiendo la Asamblea asumido carácter de poder constituyente al momento de la Revolución, en la Constitución de 1791 se estableció que:

No hay en Francia una autoridad superior a la de la ley. El Rey no reina sino por ella, y es en nombre de la Ley que él puede exigir obediencia (Art. 1, Cap. II, Título III).

La ley, entonces, como “expresión de la voluntad general” según lo indicó la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (Art. 6), adquirió en el constitucionalismo francés un rango superior, consecuencia de la primacía del propio Poder Legislativo.

Pero además, desde el punto de vista sustantivo, el principio de la supremacía de la Ley se fundó sobre el de su generalidad, lo que a la vez fue garantía de la igualdad, uno de los postulados básicos de la Revolución. Las leyes de libertad, que tenían por objeto hacer posible, el libre desenvolvimiento de los miembros del grupo social, fueron el instrumento de la Asamblea contra los privilegios que fueron abolidos. En todo caso, siendo la ley expresión de la voluntad general, se consagró el derecho de todos los ciudadanos de “concurrir personalmente o por sus representantes” a la formación de la ley (Art. IV), estableciéndose en los artículos de la Constitución que siguieron a la Declaración los siguientes principios:

Ningún acto de los Cuerpos Legislativos podrá ser considerado como ley, si no ha sido hecho por los representantes de la Nación libremente elegidos y si no ha sido sancionado por el Monarca (Art. 9).

El Poder Ejecutivo no puede hacer ley alguna, incluso prioritaria, sino proclamar, conforme a las leyes, para ordenar o recurrar su observación (Art. 16).

El Poder Judicial será administrado por tribunales establecidos por la ley, según los principios de la Constitución y según las normas determinadas por la ley (Art. 19).

Por su parte, la Ley de 16-24 de agosto de 1790, agregó que:

Los Tribunales no podrán tomar directa o indirectamente, parte alguna en el ejercicio del poder legislativo, ni suspender o impedir la ejecución de los decretos del Cuerpo Legislativo, sancionados por el Rey, so pena de prevaricación (art. 10, Título II).

Por otra parte, a la base de la concepción de la ley como expresión de la voluntad general, está la idea que emerge de la Revolución de que no sólo no había autoridad superior a la de la ley, sino que era a través de ella que se podía gobernar y exigir obediencia. Así, frente al poder absoluto del Monarca en el Antiguo Régimen, emerge el principio de la legalidad y el Estado de Derecho: sólo se puede gobernar en virtud de las leyes y con estricta sujeción a ellas.

⁷⁰⁰ V. para lo que sigue Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 196 y ss.

La concepción de la ley como expresión de la voluntad general, fue recogida expresamente en la Declaración venezolana de Derechos del Pueblo de 1811, al establecer que:

La ley se forma por la expresión libre y solemne de la voluntad general, y ésta se expresa por los apoderados que el pueblo elige para que representen sus derechos (Art. 3 Segunda Sección).

Asimismo, en el texto de la Constitución de 1811 se estableció:

La ley es la expresión libre de la voluntad general o de la mayoría de los ciudadanos, indicadas por el órgano de sus representes legalmente constituidos. Ella se funda sobre la justicia y la utilidad común y ha de proteger la libertad pública e individual contra toda opresión o violencia (Art. 149).

La Constitución de 1811, sin embargo, no siguió el postulado tan radical de la supremacía de la ley, y en cambio, formuló él principio de la supremacía constitucional al declarar como “absolutamente nulas y sin ningún valor” las leyes contrarias a los derechos fundamentales (Art. 199); y en general, al considerar sin “ningún valor” las leyes contrarias a la Constitución, la cual se declaró como la “Ley Suprema del Estado” (Art. 227).

4. La Revolución latinoamericana y la separación de poderes en un sistema de gobierno republicano conforme al modelo norteamericano

A. La recepción de los principios en la Constitución de 1811

La primera de las Constituciones sancionadas en Hispanoamérica fue la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de diciembre de 1811, en la cual se consagraron los principios fundamentales del constitucionalismo derivados de las revoluciones norteamericana y francesa⁷⁰¹.

En primer lugar se consagró expresamente la división del Poder Supremo en tres categorías: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, conforme a la fórmula de Montesquieu y Rousseau, con un sistema presidencial de gobierno, de manera que en el Preliminar de la Constitución se dispuso, que:

El ejercicio de esta autoridad confiada a la Confederación no podrá jamás hallarse reunido en sus diversas funciones. El Poder Supremo debe estar dividido en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y confiado a distintos Cuerpos independientes entre sí, y en sus respectivas facultades....

Además, el artículo 189 insistía en que

[...] los tres Departamentos esenciales del Gobierno, a saber: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, es preciso que se conserven tan separados e independientes el uno del otro cuanto lo exija la naturaleza de un gobierno libre lo que es conveniente con la cadena de conexión que liga toda fábrica de la Constitución en un modo indisoluble de Amistad y Unión.

701 V. sobre lo que sigue Allan R. Brewer-Carías, “El régimen histórico-constitucional del Estado”, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, pp. 236 y ss.

Además, se consagró la supremacía de la Ley como “la expresión libre de la voluntad general” conforme al texto de la Declaración de 1789⁷⁰², y la soberanía que residiendo en los habitantes del país, se ejercía por los representantes⁷⁰³.

Por ello, todo este mecanismo de separación de poderes y de hegemonía del Poder Legislativo, configurará en los primeros años de la vida republicana de Venezuela, un sistema de contrapeso de poderes para evitar la formación de un poder fuerte, que no sólo originará la caída de la Primera República⁷⁰⁴, sino que, condicionando la vida republicana en las décadas posteriores, por ejemplo, permitirá la reacción del Congreso de Colombia contra el Libertador en 1827 al suspenderle sus facultades extraordinarias⁷⁰⁵; y que provocará la renuncia del primer Presidente civil de Venezuela, doctor José María Vargas⁷⁰⁶, y llevará al Presidente Monagas a reaccionar contra el Congreso en 1848, en lo que se ha llamado “el día del fusilamiento contra el Congreso”⁷⁰⁷. Contra esa debilidad del Poder Ejecutivo constitucionalmente consagrada, el cual además inicialmente era tripartito⁷⁰⁸ -que recogió el esquema que había establecido el Congreso, en marzo de 1811, para designar las personas que integraron el “Supremo Poder Ejecutivo”- el primero que va a reaccionar va a ser el Libertador, al estimar que el Gobierno constituido conforme al texto de 1811, no se identificaba con el “carácter de las circunstancias, de los tiempos y de los hombres que lo rodean”⁷⁰⁹. Por ello, en su Discurso de Angostura en 1819 va a reaccionar

702 “La Ley es la expresión libre de la voluntad general o de la mayoría de los ciudadanos, indicada por el órgano de sus representantes legalmente constituidos. Ella se funda sobre la justicia y la utilidad común, y ha de proteger la libertad pública e individualidad contra toda opresión o violencia”. “Los actos ejercidos contra cualquier persona fuera de los casos y contra las formas que la Ley determina son inicuos, y si por ellos se usurpa la autoridad constitucional o la libertad del pueblo serán tiránicos” (Arts. 149 y 150).

703 “Una sociedad de hombres reunidos bajo unas mismas Leyes, costumbres y Gobierno forma una soberanía”. “La soberanía de un país, o supremo poder de reglar o dirigir equitativamente los intereses de la comunidad, reside, pues, esencial y originalmente, en la masa general de sus habitantes y se ejercita por medio de apoderados o representantes de éstos, nombrados y establecidos conforme a la Constitución”. “Ningún individuo, ninguna familia particular, ningún pueblo, ciudad o partido puede atribuirse la soberanía de la sociedad, que es imprescindible, inalienable e indivisible en su esencia y origen, ni persona alguna podrá ejercer cualquier función pública del Gobierno, si no lo ha obtenido por la Constitución” (Art. 143, 144 y 145).

704 El “obstruccionismo suicida” (Mijares) de “la maldita Cámara de Caracas” (Espejo) ante las exigencias de Francisco de Miranda, se tienen como una de las causas de la caída de la Primera República. *Cfr.* C. Parra Pérez, *Historia de la Primera República de Venezuela*, Tomo II, Caracas, 1959, pp. 7 y 3 ss.; Augusto Mijares, “La Evolución Política de Venezuela” (1810-1960), en M. Picón Salas y otros, *Venezuela, Independiente, cit.*, p. 31. De ahí el calificativo de la “Patria Boba” que se le da a la Primera República. *Cfr.* R. Díaz Sánchez, *loc. cit.*, pp. 199 y ss.

705 *Cfr.* Augusto Mijares, *loc. cit.*, pp. 56 y 65.

706 *Cfr.* J. Gil Fortoul, *op. cit.*, Tomo Segundo, pp. 220 y ss.; Augusto Mijares, *loc. cit.*, p. 90.

707 *V.* los comentarios sobre los sucesos del 24 de enero de 1848, en J. Gil Fortoul, *op. cit.*, Tomo Segundo, pp. 291 y ss.

708 “El Poder Ejecutivo Constitucional de la Confederación residirá en la ciudad Federal depositado en tres individuos elegidos popularmente...” (Art. 72). La primera Junta designada en marzo de 1812, ya en vigor la nueva Constitución, la presidió Francisco Espejo (1758-1814).

709 Esto lo señalaba en el Manifiesto de Cartagena de 1812. *V.* en J. Gil Fortoul, *op. cit.*, Tomo Primero, pp. 329 y 330. Además, en su Discurso de Angostura, al criticar la adopción de las instituciones norteamericanas por los constituyentes de 1811, indicaba: “¿No sería muy difícil aplicar a España-el Código de libertad política, civil y religiosa de Inglaterra? Pues aún es más difícil adoptar en Venezuela las Leyes de Norteamérica. ¿No dice el *Espíritu de las Leyes* que éstas deben ser propias para el pueblo que se hacen? ¿Que -es una gran casualidad que las de una nación puedan convenir a otra? ¿Que las leyes deben ser relativas a lo físico del

violentamente contra la fórmula de gobierno prevista en el texto de 1811, en particular contra la primacía del Congreso⁷¹⁰ y el carácter tripartito del Ejecutivo⁷¹¹, y propondrá al Congreso la adopción de una fórmula de gobierno con un Ejecutivo fuerte⁷¹², lo cual, sin embargo, no fue acogido por la Constitución de 1819, ni por las Constituciones posteriores, salvo las que se hicieron a la medida de los caudillos y dictadores.

En todo caso, la Constitución del 21 de diciembre de 1811, resultado de un proceso de discusión del proyecto respectivo, iniciado en agosto de ese año, fue un texto de 228 artículos agrupados en 9 capítulos, en el cual se conformó la Unión de las

país, al clima, a la calidad del terreno, a su situación, a su extensión, al género de vida de los pueblos? ¿Referirse al grado de libertad que la Constitución puede sufrir, a la religión de los habitantes, a sus inclinaciones, a sus riquezas, a su número, a su comercio, a sus costumbres, a sus modales? He aquí el Código que debíamos consultar, y no el de Washington". V. en Simón Bolívar, *Escritos Fundamentales*, Caracas, 1982, p. 121.

710 Decía en su Discurso de Angostura lo siguiente: "Aquí el Congreso ha ligado las manos y la cabeza a los magistrados. Este cuerpo deliberante ha asumido una parte de las funciones ejecutivas, contra la máxima de Montesquieu que dice que un cuerpo representativo no debe tomar ninguna resolución activa: debe hacer leyes, y ver si se ejecutan las que hace. Nada es tan contrario a la armonía de los poderes, como su mezcla. Nada es tan peligroso respecto al pueblo, como la debilidad del Ejecutivo; y si en un reino (Inglaterra) se ha juzgado necesario concederle tantas facultades, en una república son éstas infinitamente más indispensables". V. en Simón Bolívar, *Escritos Fundamentales*, cit., pp. 132 y 133.

711 En su Discurso de Angostura, señalaba, además: "La Constitución Venezolana, sin embargo, de haber tomado sus bases de la más perfecta, si se atiende a la corrección de los principios y a los efectos benéficos de su administración, difirió esencialmente de la América en un punto cardinal y sin duda el más importante. El Congreso de Venezuela, como el Americano participa de algunas de las atribuciones del Poder Ejecutivo. Nosotros, además, subdividimos este Poder, habiéndolo sometido a un cuerpo colectivo sujeto por consiguiente a los inconvenientes de hacer periódica la existencia del gobierno, de suspenderla y disolverla siempre que se separaran sus miembros. Nuestro Triunvirato carece, por decirlo así, de unidad, de continuación y de responsabilidad individual; está privado de acción momentánea, de vida continua, de uniformidad real, de responsabilidad inmediata; y un gobierno que no posee cuanto constituye su moralidad, debe llamarse nulo". V. en Simón Bolívar, *Escritos Fundamentales*, cit., p. 121.

712 En su Discurso de Angostura, al comparar la situación política de Inglaterra, el Libertador señalaba: "Por exorbitante que parezca la Autoridad del Poder Ejecutivo de Inglaterra, quizás no es excesiva en la República de Venezuela. Fijemos nuestra atención sobre esa diferencia, y hallaremos que el equilibrio de los poderes debe distribuirse de dos modos. En las repúblicas el Ejecutivo debe ser el más fuerte, porque todo, conspira contra él, en tanto que en las monarquías el más fuerte debe ser el Legislativo, porque todo conspira en favor del Monarca.". "Si no se ponen al alcance del Ejecutivo todos los medios que una justa atribución le señala, cae inevitablemente en la nulidad o en su propio abuso, quiero decir, en la muerte del gobierno, cuyos herederos son la anarquía, la usurpación y la tiranía.". "Que se fortifique pues, todo el sistema de gobierno, y que el equilibrio se establezca de modo que no se pierda, y de modo que no sea su propia delicadeza una causa de decadencia. Por lo mismo que ninguna forma de gobierno es tan débil como la democracia, su estructura debe ser de la mayor solidez, y sus instituciones consultarse para la estabilidad. Si no es así contemos con una sociedad discol, tumultuaria y anárquica, y no con un establecimiento social donde tengan su imperio la felicidad, la paz y la justicia.". "Separando con límites bien señalados la jurisdicción ejecutiva de la jurisdicción legislativa, no me he propuesto dividir, sino enlazar con los vínculos de la armonía que nace de la independencia, estas potestades supremas, cuyo choque prolongado jamás ha dejado de aterrar a uno de los contendientes. Cuando deseo atribuir al Ejecutivo una suma de facultades superiores a la que antes gozaba, no he deseado autorizar a un déspota para que tiranice la República, sino impedir que el despotismo deliberante sea la causa inmediata de un círculo de vicisitudes despóticas en que alternativamente la anarquía sea reemplazada por la oligarquía y por la democracia". V. en Simón Bolívar, *Escritos Fundamentales*, cit., pp. 132, 133, 134 y 139. Todas estas ideas las tiene en cuenta Bolívar, cuando formula su proyecto de Constitución para Bolivia en 1826, al resumir en su Discurso a los Legisladores el papel del Presidente de la República así: "Viene a ser en nuestra Constitución como el sol que, firme en su centro, da vida al universo". V. en J. Gil Fortoul, *op. cit.*, Tomo Segundo, Apéndice, p. 593.

Provincias que venían siendo parte de la Confederación de Venezuela. Se inició con un “Preliminar” relativo a las “Bases del Pacto Federativo que ha de constituir la autoridad general de la confederación” donde se precisaron la distribución de poderes y facultades, entre la Confederación y los Estados confederados (las Provincias).

El *Capítulo I* estaba destinado a regular la Religión, proclamándose a la Religión Católica, Apostólica y Romana como la religión del Estado y la única y exclusiva de los habitantes de Venezuela (art. 1).

El *Capítulo II* estaba destinado a regular al “Poder Legislativo” atribuido al Congreso General de Venezuela, dividido en dos Cámaras, una de Representantes y un Senado (art. 3). En dicho Capítulo se reguló el proceso de formación de las leyes (arts. 4 a 13); la forma de elección de los miembros de la Cámara de Representantes y del Senado (art. 14 a 51) de manera indirecta en congregaciones parroquiales (art. 26) y en congregaciones electorales (art. 28); sus funciones y facultades (art. 52 a 66); el régimen de sus sesiones (art. 67 a 70); y sus atribuciones especiales (art. 71).

El *Capítulo III* reguló el “Poder Ejecutivo”, el cual se dispuso que residiría en la ciudad federal “depositado en tres individuos elegidos popularmente” (art. 72) por las Congregaciones Electorales (art. 76) por listas abiertas (art. 77). En el Capítulo no sólo se reguló la forma de elección del triunvirato (arts. 76 a 85), sino que se definieron las atribuciones del Poder Ejecutivo (arts. 86 a 99) y sus deberes (arts. 100 a 107). De acuerdo a la forma federal de la confederación, se reguló la relación entre los Poderes Ejecutivos Provinciales y el Gobierno Federal, indicándose que aquéllos son, en cada Provincia, “los agentes naturales e inmediatos del Poder Ejecutivo Federal para todo aquello que por el Congreso General no estuviere cometido a empleados particulares en los ramos de Marina, Ejército y Hacienda Nacional” (Art. 108).

El *Capítulo IV* estaba destinado a regular el Poder Judicial de la Confederación depositado en una Corte Suprema de Justicia (arts. 110 a 114) con competencia originaria entre otros, en los asuntos en los cuales las Provincias fueren parte interesada y competencia en apelación en asuntos civiles o criminales contenciosos (art. 116).

El *Capítulo V* reguló las Provincias, estableciéndose límites a su autoridad, en particular que no podían “ejercer acto alguno que corresponda a las atribuciones concedidas al Congreso y al Poder Ejecutivo de la Confederación (art. 119). “Para que las leyes particulares de las Provincias no puedan nunca entorpecer la marcha de los federales -agregó el artículo 124- se someterán siempre al juicio del Congreso antes de tener fuerza y valor de tales en sus respectivos Departamentos, pudiéndose, entre tanto, llevar a ejecución mientras las revisa el Congreso”. El Capítulo, además, reguló aspectos relativos a las relaciones entre las Provincias y sus ciudadanos (arts. 125 a 127); y al aumento de la Confederación mediante la incorporación eventual de Coro, Maracaibo y Guayana que no formaron parte del Congreso (arts. 128 a 132). En cuanto al gobierno y administración de las Provincias, la Constitución de 1811 remitió a lo dispuesto en las *Constituciones Provinciales*, indicando el siguiente límite:

Artículo 133. El gobierno de la Unión asegura y garantiza a las provincias la forma de gobierno republicano que cada una de ellas adoptare para la administración de sus negocios domésticos, sin aprobar Constitución alguna que se oponga a los principios liberales y francos

de representación admitidos en ésta, ni consentir que en tiempo alguno se establezca otra forma de gobierno en toda la confederación.

Los *Capítulos VI y VII* se refirieron a los procedimientos de revisión y reforma de la Constitución (arts. 135 y 136) y a la sanción o ratificación de la Constitución (arts. 138 a 140).

El *Capítulo VIII* contuvo los “Derechos del Hombre que se reconocerán y respetarán en toda la extensión del Estado”, distribuidos en cuatro secciones: *Soberanía del pueblo* (arts. 141 a 159), *Derechos del hombre en la sociedad* (arts. 191 a 196) y *Deberes del cuerpo social* (arts. 197 a 199). En este capítulo se recogieron, enriquecidos, los artículos de la Declaración de los Derechos del Pueblo de 1811, y en su redacción se recibió la influencia directa del texto del documento Derechos del Pueblo de 1797, así como de la Declaración Francesa y de los textos de las Declaraciones de las antiguas colonias americanas⁷¹³.

Por último, el *Capítulo IX* en unos Dispositivos Generales estableció normas sobre el régimen de los indígenas (arts. 200) y su igualdad (arts. 201); la ratificación de la abolición del comercio de negros (art. 202); la igualdad de los pardos (art. 203); y la extinción de títulos y distinciones (Art. 204). Se reguló, además, el juramento de los funcionarios (arts. 206 a 209); la revocación del mandato (art. 209 y 210), las restricciones sobre reuniones de sufragantes y de congregaciones electorales (arts. 211 a 214); la prohibición a los individuos o grupos de arrogarse la representación del pueblo (art. 215; la disolución de las reuniones no autorizadas (art. 216); el tratamiento de “ciudadano” (art. 226); y la vigencia de las leyes de Indias mientras se dictaba el Código Civil y Criminal acordados por el Congreso (art. 228).

Por último debe destacarse, la cláusula de supremacía de la Constitución contenida en el artículo 227, así:

La presente Constitución, las leyes que en consecuencia se expidan para ejecutarla y todos los tratados que se concluyan bajo la autoridad del gobierno de la Unión serán la Ley Suprema del Estado en toda la extensión de la Confederación, y las autoridades y habitantes de las Provincias estarán obligados a obedecerlas religiosamente sin excusa ni pretexto alguno; pero las leyes que se expiden contra el tenor de ella no tendrán ningún valor sino cuando hubieren llenado las condiciones requeridas para una justa y legítima revisión y sanción:

Esta cláusula de supremacía y la garantía objetiva de la Constitución se ratificó en el Capítulo VIII sobre los Derechos del Hombre al prescribirse en su último artículo, lo siguiente:

Artículo 199. Para precaver toda transgresión de los altos poderes que nos han sido confiados, declaramos: Que todas y cada una de las cosas constituidas en la anterior declaración de derechos están exentas y fuera del alcance del Poder General ordinario del gobierno y que, conteniendo o apoyándose sobre los indestructibles y sagrados principios de la naturaleza, toda ley contraria a ellos que será absolutamente nula y de ningún valor.

713 V. Allan R. Brewer-Carías, *Los Derechos Humanos en Venezuela: casi 200 años de Historia*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1990, pp. 101 y ss.

B. La recepción de los principios en las Constituciones provinciales

Pero además de la Constitución de 1811, al momento de la Independencia se dictaron en las provincias que conformaron el naciente Estado, diversas Constituciones provinciales, unas promulgadas antes y otras después de la sanción de la Constitución Federal⁷¹⁴.

a. *El “Plan de Gobierno” de la Provincia de Barinas de 26-3-1811*

A los 24 días de la instalación del Congreso General, y cuatro días antes del nombramiento de la comisión para la redacción de lo que sería el modelo de las Constituciones Provinciales, la Asamblea Provincial de Barinas, el 26 de marzo de 1811 adoptó un “Plan de Gobierno”⁷¹⁵ constituyendo una Junta Provincial o Gobierno Superior compuesto de 5 miembros a cargo de toda la autoridad en la Provincia hasta que el Congreso de todas las Provincias Venezolanas dictase la Constitución Nacional (Art. 17). En el Plan de Gobierno, además se repuso el Cabildo para la atención de los asuntos municipales (Art. 4) y se regularon las competencias del mismo en materia judicial, como tribunal de alzada respecto de las decisiones de los Juzgados subalternos (Art. 6). Las decisiones del Cuerpo Municipal podían ser llevadas a la Junta Provincial por vía de súplica (Art. 8).

b. *La “Constitución Provisional de la Provincia de Mérida” de 31-7-1811*

En Mérida, reunido el Colegio Electoral con representantes de los pueblos de los ocho partidos capitulares de Mérida, La Grita, San Cristóbal, las Villas de San Antonio, Bailadores, Lovatera, Egido y Timotes, adoptó una “Constitución Provisional que debe regir esta Provincia, hasta que, con vista de la General de la Confederación, pueda hacerse una perpetua que asegure la felicidad de la provincia”⁷¹⁶.

Este texto se dividió en doce capítulos, en los cuales se reguló lo siguiente:

En el *Primer Capítulo*, la forma de “gobierno federativo por el que se han decidido todas las provincias de Venezuela” (Art. 1), atribuyéndose la legítima representación provincial al Colegio Electoral, representante de los pueblos de la Provincia (Art. 2).

El gobierno se dividió en tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, correspondiendo el primero al Colegio Electoral; el segundo a un cuerpo de 5 individuos encargados de las funciones ejecutivas; y el tercero a los Tribunales de Justicia de la Provincia (Art. 3).

La Constitución declaró, además, que “Reservándose esta Provincia la plenitud del Poder Provincial para todo lo que toca a su gobierno, régimen y administración interior, deja en favor del Congreso General de Venezuela aquellas prerrogativas y

714 V. en general, Carlos Restrepo Piedrahita, *Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela, Bogotá 1993*; y Allan R. Brewer-Carías, “El régimen histórico-constitucional del Estado”, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, pp. 277 y ss.

715 *Las Constituciones Provinciales*, Caracas 1959, pp. 334 y ss.

716 *Idem.*, p. 255.

derechos que versan sobre la totalidad de las provincias confederadas, conforme al plan que adopte el mismo Congreso en su Constitución General” (art. 6).

En el *Segundo Capítulo* se reguló la Religión Católica, Apostólica y Romana como Religión de la Provincia (art. 1), prohibiéndose otro culto público o privado (art. 2). Se precisó, en todo caso, que “la potestad temporal no conocerá, en las materias del culto y puramente eclesiásticas, ni la potestad espiritual en las puramente civiles sino que cada una se contendrá dentro de sus límites” (art. 4).

En el *Tercer Capítulo* se reguló el Colegio Electoral, como “legítima representación Provincial”, con poderes constituyentes y legislativos provinciales (art. 1, 2 y 35); su composición por ocho electores (art. 3) y la forma de la elección de los mismos, por sistema indirecto (arts. 3 a 31), señalándose que se debía exigir a los que fueran a votar, que “depongan toda pasión e interés, amistad, etc., y escojan sujetos de probidad, de la posible instrucción y buena opinión pública” (art. 10). Entre las funciones del Colegio Electoral estaba el “residenciar a todos los funcionarios públicos luego que terminen en el ejercicio de su autoridad” (art. 36).

En el *Cuarto Capítulo* se reguló al Poder Ejecutivo, compuesto por cinco individuos (art. 1), en lo posible escogidos de vecinos de todas las poblaciones de la provincia y no sólo de la capital (art. 2); con término de un año (art. 3); sin reelección (art. 4); hasta un año (art. 5). En este capítulo se regularon las competencias del Poder Ejecutivo (art. 14 a 16) y se prohibió que “tomara parte ni se introdujera en las funciones de la Administración de Justicia” (art. 20). Se precisó, además, que la Fuerza Armada estaría “a disposición del Poder Ejecutivo” (art. 23), correspondiéndole además “la General Intendencia de los ramos Militar, Político y de Hacienda” (art. 24).

El *Capítulo Quinto* de la Constitución Provisional de la Provincia de Mérida, dedicado al Poder Judicial, comienza por señalar que “No es otra cosa el Poder Judicial que la autoridad de examinar las disputas que se, ofrecen entre los ciudadanos, aclarar sus derechos, oír sus quejas y aplicar las leyes a los casos ocurrentes” (art. 1) y se atribuye a todos los jueces superiores e inferiores de la Provincia, y particularmente al Supremo Tribunal de apelaciones de la misma (art. 2), compuesto por tres individuos, abogados recibidos (art. 3). En el capítulo se regularon, además, algunos principios de procedimiento y las competencias de los diversos tribunales (arts. 4 a 14).

En el *Capítulo Sexto* se reguló el “Jefe de las Armas” atribuyéndose a un gobernador militar y comandante general de las armas sujeto inmediatamente al Poder Ejecutivo, pero nombrado por el Colegio Electoral (art. 1); y a quien correspondía “la defensa de la Provincia” (art. 4). Se regularon, además, los empleos de Gobernador Político e Intendente, reunidos en el gobernador militar para evitar sueldos (art. 6), con funciones jurisdiccionales (arts. 7 a 10), teniendo el Gobernador Político el carácter de Presidente de los Cabildos (art. 11) y de Juez de Paz (art. 12).

El *Capítulo Séptimo* está destinado a regular “los Cabildos y Jueces inferiores”. Se atribuye, allí, a los Cabildos, la “policía” (art. 2) y se definen las competencias municipales, englobadas en el concepto de policía (art. 3). Se regula la Administración de Justicia a cargo de los Alcaldes de las ciudades y villas (art. 4), con aplicación ante el Tribunal Superior de Apelaciones (art. 5).

En el *Capítulo Octavo* se regula la figura del “Juez Consular”, nombrado por los comerciantes y hacendados, (art. 1), con la competencia de conocer los asuntos de comercio y sus anexos con arreglo a las Ordenanzas del consulado de Caracas (art. 3) y apelación ante el Tribunal Superior de Apelación (art. 4).

En el *Capítulo Noveno* se regula la “Milicia”, estableciéndose la obligación de toda persona de defender a la Patria cuando ésta sea atacada, aunque no se le pague sueldo (art. 2).

El *Capítulo Décimo* reguló el “Erario Público”, como “el fondo formado por las contribuciones de los ciudadanos destinado para la defensa y seguridad de la Patria, para la sustentación de los ministros y del culto divino y de los empleados de la administración de Justicia, y en la colectación y custodia de las mismas contribuciones y para las obras de utilidad común (art. 1). Se estableció también el principio de legalidad tributaria al señalarse que “toda contribución debe ser por utilidad común y sólo el Colegio Electoral las puede poner” (art. 3), y la obligación de contribuir al indicarse que “ningún ciudadano puede negarse a satisfacer las contribuciones impuestas por el Gobierno” (art. 4).

El *Capítulo Undécimo* está destinado a regular “los derechos y obligaciones del Hombre en Sociedad”, los cuales también se regulan en el *Capítulo Duodécimo* y último que contiene “disposiciones generales”. Esta declaración de derechos, dictada después que el 1 de julio del mismo año 1811 la Sección Legislativa del Congreso General para la Provincia de Caracas había emitido la *Declaración de Derechos del Pueblo, sigue las mismas líneas de ésta, y de la publicación sobre “Derechos del Hombre y del Ciudadano con varias máximas republicanas y un discurso preliminar dirigido a los americanos”* atribuido a Picornel y que circuló con motivo de la Conspiración de Gual y España de 1797⁷¹⁷.

c. *El “Plan de Constitución Provisional Gubernativo de la Provincia de Trujillo” de 2-9-1811*

Los representantes diputados de los distintos pueblos, villas y parroquias de la Provincia de Trujillo, reunidos en la Sala consistorial aprobaron un “Plan de Constitución Provincial Gubernativo”⁷¹⁸ el 2 de septiembre de 1811, constante de 9 títulos.

El *Primer Título* está dedicado a la Religión Católica, como Religión de la Provincia, destacándose, sin embargo, la separación entre el poder temporal y el poder eclesiástico.

El *Título Segundo* reguló el “Poder Provincial”, representado por el Colegio de Electores, electos por los pueblos. Este Colegio Electoral se reguló como Poder Constituyente y a él corresponderá residenciar a todos los miembros del Cuerpo Superior del Gobierno.

El *Título Tercero* reguló la “forma de gobierno”, estableciéndose que la representación legítima de toda la Provincia residía en el prenombrado Colegio Electoral, y

717 V. la comparación en Pedro Grases, *La Conspiración de Gual y España, y el Ideario de la Independencia*, Caracas, 1978, pp. 71 y ss.

718 V. *Las Constituciones Provinciales*, op. cit., pp. 297 y ss.

que el Gobierno particular de la misma residía en dos cuerpos: el Cuerpo Superior de Gobierno y el Municipal o Cabildo.

El *Título Cuarto* reguló, en particular, el “Cuerpo Superior de Gobierno”, integrado por cinco (5) vecinos, al cual se atribuyeron funciones ejecutivas de gobierno y administración.

El *Título Quinto*, reguló el “Cuerpo Municipal o de Cabildo”, como cuerpo subalterno, integrado por cinco (5) individuos: dos alcaldes ordinarios, dos Magistrados (uno de ellos Juez de Policía y otro como Juez de Vigilancia Pública), y. un Síndico personero.

El *Título Sexto*, relativo al “Tribunal de Apelaciones”, atribuyó al Cuerpo Superior de Gobierno el carácter de Tribunal de Alzada.

El *Título Séptimo* reguló las “Milicias”, a cargo de un Gobernador y Comandante General de las Armas de la Provincia, nombrado por el Colegio Electoral, pero sujeto inmediatamente al Cuerpo Superior de Gobierno.

El *Título Octavo*, reguló el Juramento que deben prestar los diversos funcionarios.

El *Título Noveno*, relativo a los “Establecimientos Generales”, reguló algunos de los derechos de los ciudadanos.

d. *La “Constitución Fundamental de la República de Barcelona Colombiana” de 12-1-1812*

La Constitución Federal para los Estados de Venezuela del 21 de diciembre de 1811, al regular al Pacto Federativo, dejó claramente expresado que las Provincias conservaban su Soberanía, Libertad e Independencia, y que:

[...] en uso de ellas tendrán el derecho exclusivo de arreglar su gobierno y administración territorial bajo las leyes que crean convenientes, con tal que no sean de las comprendidas en esta Constitución ni se opongan o perjudiquen a los Pactos Federativos que por ella se establecen.

En virtud de ello, las Provincias conservaron la potestad ya ejercida por algunas con anterioridad en el marco de la Confederación que se formaba, para dictar sus Constituciones. De estas Constituciones Provinciales dictadas después de la promulgación de la Constitución Federal, han llegado hasta nuestros días el texto de la de Barcelona y la de Caracas. La primera puede decirse que ya estaba redactada cuando se promulgó la Constitución Federal. La segunda, se adaptó más a lo que los redactores de ésta pensaban de lo que debía ser una Constitución Provincial en el seno de la Federación que se estaba conformando.

Por todo lo anterior, a los pocos días de promulgada la Constitución Federal del 21 de diciembre de 1811, el pueblo barcelonés, por la voz de sus Asambleas Primarias, por la de sus Colegios Electorales y por la de sus funcionarios soberanos, proclamó la “Constitución fundamental de la República de Barcelona Colombiana”⁷¹⁹ verdadero Código Constitucional de 19 títulos y 343 artículos. Este texto fue redactado

719 V. en *Las Constituciones Provinciales*, op. cit., pp. 151 y ss.

por Francisco Espejo y Ramón García de Sena⁷²⁰, y por ello tiene gran importancia histórica, pues este último tuvo un papel importante en el constitucionalismo hispanoamericano, como traductor de Thomas Paine.

En efecto, este había publicado en 1791-1792 el libro *The Rights of Man*, dedicado a defender la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, el cual tuvo una gran influencia en la consolidación del régimen constitucional norteamericano. Correspondió a Manuel García de Sena traducir extractos de varias obras de Paine, habiéndose publicado en 1811, en Philadelphia, el libro *La Independencia de la Costa Firme justificada por Thomas Paine treinta años ha. Extracto de sus obras traducido del inglés al español por D. Manuel García de Sena*⁷²¹. Esta importantísima obra contenía, además, la traducción de la Constitución de los Estados Unidos de América así como la de las Constituciones de las antiguas colonias de Massachusetts, Connecticut, New Jersey, Pensylvania y Virginia, y a través de ella puede decirse que esos textos fueron conocidos en América española, no sólo en Venezuela sino en Argentina, en 1811⁷²².

Debe presumirse, en todo caso, que para enero de 1811, García de Sena ya tenía preparada la obra, y de allí la influencia que los textos franceses y norteamericanos tuvieron en la Constitución Provincial de Barcelona, sin dejar de mencionar el texto de los *Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1777, de Picornel.

El *Título Primero* de la Constitución contiene los “Derechos de los habitantes de la República de Barcelona Colombiana” y sus 38 artículos son copia casi exacta de los *Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, correspondiendo a Francisco Espejo la redacción de este Título⁷²³. Termina dicho Título con la proclamación del principio de la separación de poderes entre el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, a la usanza de las Declaraciones de las colonias norteamericanas así:

Artículo 38. Siendo la reunión de los poderes el germen de la tiranía, la República declara que la conservación de los derechos naturales y civiles del hombre, de la libertad y tranquilidad general, depende esencialmente de que el Poder Legislativo jamás ejerza el Ejecutivo o Judicial, ni aún por vía de *excepción*. Que el ejecutivo en ningún caso ejerza el legislativo o Judicial y que el Judicial se abstenga de mezclarse en el Legislativo o Ejecutivo, conteniéndose cada uno dentro de los límites que les prescribe la Constitución, a fin de que se tenga el gobierno de las leyes y no el gobierno de los hombres.

El *Título Segundo* estaba destinado a regular la organización territorial de la “República de Barcelona”, como única e indivisible (Art. 1), pero dividida en cuatro Departamentos (Art. 2), los cuales comprendían un número considerable de pueblos, en los cuales debía haber una magistratura ordinaria y una parroquia para el régimen civil y espiritual de los ciudadanos (Art. 3).

El *Título Tercero* reguló a los “ciudadanos”, con una clasificación detallada respecto de la nacionalidad, siendo los Patricios, los ciudadanos barceloneses, es decir: “los naturales y domiciliados en cualesquiera de los Departamentos del Estado, bien

720 V. Ángel Francisco Brice, “Estudio Preliminar”, *Las Constituciones Provinciales*, op. cit., p. 39.

721 V. las referencias en Pedro Grases, op. cit., p. 60.

722 *Idem*, nota 2.

723 *Idem*, p. 150, nota 1.

procedan de padres originarios de la República o de extranjeros”. Se reguló detalladamente el *status* de los extranjeros.

El *Título Cuarto*, se refiere a la soberanía con normas como las siguientes: “la soberanía es la voluntad general unida al poder de ejecutarla”; *ella* reside en el pueblo; es una, indivisible, inalienable e imprescriptible; pertenece a la comunidad del Estado; ninguna sección del pueblo; ni individuo alguno de éste puede ejercerla”. “La Constitución barcelonesa es representativa. Los representantes son las Asambleas Primarias: los Colegios Electorales y los Poderes Supremos, Legislativo, Ejecutivo y Judicial”. “El gobierno que establece es puramente popular y democrático en la rigurosa significación de esta palabra”.

El *Título Quinto* regula en detalle las Asambleas Primarias y sus facultades, y las condiciones para ser elector y el acto de votación. Estas Asambleas Primarias debían ser convocadas por las Municipalidades, y su objeto era “constituir y nombrar entre los parroquianos un determinado grupo de electores que concurren a los Colegios Electorales a desempeñar sus funciones”.

El *Título Sexto*, por su parte, reguló a los “Colegios Electorales y sus facultades”, a los cuales correspondía la elección de los funcionarios de la Sala de Representantes y de los Senadores de la Legislatura Provincial; la elección del Presidente y Vice-Presidente del Estado; los miembros de la Municipalidad en cada Departamento; y las Justicias Mayores y Jueces de Paz.

El *Título Séptimo* se refiere al Poder Legislativo, el cual “se deposita en una Corte General nombrada de Barcelona, compuesta de dos Cámaras, la una de Representantes, y la otra de Senadores”. En este Título se reguló extensamente el régimen de elección de los miembros de dichas Cámaras, su funcionamiento, facultades comunes y privativas, régimen parlamentario y el procedimiento de formación de las leyes. Entre las funciones que se asignaban a esta Corte General, además de dictar leyes, se precisó que bajo este nombre general de ley se comprendían los actos concernientes a “la formación de un Código Civil, Criminal y Judicial, en cuya ampliación ocupará principalmente sus atenciones”.

El *Título Octavo* reguló el Poder Ejecutivo, a cargo del Presidente de la República de Barcelona, sus condiciones, atribuciones y poderes.

El *Título Noveno* reguló todo lo concerniente al Vicepresidente, como suplente del Presidente.

El *Título Décimo* se refiere al “Poder Judicial”. Allí se reguló el Poder Judicial Supremo confiado a un Tribunal de Justicia, con sus competencias en única instancia y en apelación, y sus poderes de censura de la conducta y operaciones de los Jueces ordinarios.

El *Título Undécimo*, reguló a las “Municipalidades”, con la precisión de que “En cada una de las cuatro ciudades actualmente existentes en el territorio de la República (Barcelona, Aragua, Pao y San Diego de Cabrutica) y en todas las demás ciudades y villas que en adelante se erigieren, habrá un cuerpo municipal compuesto de dos corregidores de primera y segunda nominación y seis regidores”. Según la votación obtenida en su elección, el Regidor que hubiere obtenido mayor número de votos era considerado como Alguacil Mayor, el que más se le acercaba, como Fiel Ejecutor y el que menos, Síndico General. Correspondía a la Municipalidad el Registro Civil y la Policía.

El *Título Duodécimo* reguló a las “Justicias Mayores”, que a la vez que jueces de policía en las ciudades, villas y pueblos, eran los Presidentes natos de la Municipalidad y Jueces Ordinarios de Primera Instancia en las controversias civiles y criminales.

El *Título Decimotercero* reguló a los “Jueces de Paz” con competencia para “trazar y componer las controversias civiles de los ciudadanos antes que las deduzcan en juicio, procurándoles cuantos medios sean posibles de acomodamiento entre sí”.

El *Título Decimocuarto* está destinado a regular el “culto”, estableciéndose a la Religión Católica y Apostólica como “la única que se venera y profesa públicamente en el territorio de la República, y la que ésta protege por sus principios constitucionales”. El Obispo, conforme a este Título se elegía en la misma forma que se elegía al Presidente del Estado, con la única diferencia de que en los Colegios Electorales tendrían voto los eclesiásticos.

El *Título Decimoquinto* reguló la “Fuerza Pública”.

El *Título Decimosexto* reguló la “Hacienda”.

El *Título Decimoséptimo* reguló la “sanción del Código Constitucional”.

El *Título Decimoctavo*, estableció el régimen de “Revisión del Código Constitucional”.

El *Título Decimonoveno*, el régimen del “juramento constitucional”.

- e. *La “Constitución para el gobierno y administración interior de la Provincia de Caracas” del 31-1-1812.*

Apenas instalado el Congreso General, en marzo de 1811, como ya se indicó se designó una comisión de diputados para redactar la Constitución de la Provincia de Caracas, para que sirviera de modelo a las demás de la Confederación. El trabajo no pudo hacerse rápidamente, y no sólo muchas Provincias dictaron antes y después sus cartas constitucionales, sino que incluso, la Sección Legislativa del Congreso General establecida para la Provincia de Caracas dictó el 1 de julio de 1811, la Declaración de Derechos del Pueblo. Esta misma Sección Legislativa sólo concluyó su tarea de redactar la Constitución Provincial luego de la sanción de la Constitución Federal, aprobándose un texto de 328 artículos agrupados en catorce capítulos destinados, como lo indica su Preámbulo, a regular el gobierno y administración interior de la Provincia. Más que la Constitución de una “República” soberana, como había sido el caso de la Constitución Provincial de Barcelona este texto se acomoda al de una Provincia en el marco de una Confederación. Por ello, la Constitución Provincial de Caracas hace especial énfasis en la necesidad de “organizar equitativamente la distribución y la representación del pueblo en la legislatura provincial”⁷²⁴.

El *Capítulo Primero* se refiere a la “Religión” declarándose que “la Religión Católica, Apostólica y Romana que es la de los habitantes de Venezuela hace el espacio de tres siglos, será la única y exclusiva de la Provincia de Caracas, cuyo gobierno la protegerá”. (art. 1).

⁷²⁴ V. en *Las Constituciones Provinciales*, op. cit., pp. 63 y ss.

El *Capítulo Segundo* reguló detalladamente “la división del territorio”. Allí se precisó que “el territorio de la Provincia de Caracas se dividirá en Departamentos, Cantones y Distritos” (arts. 2 a 4). Los Distritos debían ser un territorio con más o menos 10.000 habitantes y los Cantones, con más o menos 30.000 habitantes (Art. 5). Los Departamentos de la Provincia eran los siguientes: Caracas, San Sebastián, los Valles de Aragua, (capital La Victoria), Barquisimeto y San Carlos (Art. 6), y en la Constitución se precisa al detalle cada uno de los Cantones que conforman cada Departamento, y sus capitales (arts. 7 a 11); así como cada uno de los Distritos que conforman cada Cantón, con los pueblos y villas que abarcaban (arts. 12 a 23).

El *Capítulo Tercero* está destinado a regular “los sufragios parroquiales y congregaciones electorales”, es decir, el sistema electoral indirecto en todo detalle, en relación a la forma de las elecciones y a la condición del elector, (arts. 24 a 30). Por cada mil almas de población en cada parroquia debía haber un elector (Art. 31). Los Electores, electos en los sufragios parroquiales, formaban en cada Distrito, Congregaciones Electorales (art. 32). También debían elegirse electores para la escogencia en cada parroquia de los agentes municipales (Art. 24). Estas congregaciones electorales eran las que elegían los Representantes de la Provincia para la Cámara del gobierno federal; a los tres miembros del Poder Ejecutivo de la Unión; al Senador o Senadores por el Distrito, para la Asamblea General de la Provincia; al representante por el Distrito, para la Cámara del Gobierno Provincial; y al elector para la nominación del Poder Ejecutivo de la Provincia (art. 33). Los Electores electos en cada Distrito, para la elección del Poder Ejecutivo, formaban las Juntas Electorales que reunidas en la capitales de Departamentos, debían proceder a la nominación (Art. 49).

El *Capítulo Cuarto* está destinado a regular a las “Municipalidades”. Sus miembros y los agentes municipales, se elegían por los electores escogidos para tal fin en cada parroquia (art. 24 y 59). La Constitución, en efecto, estableció que en cada parroquia debía elegirse un agente municipal (art. 65) y que los miembros de las municipalidades también debían elegirse (art. 67). El número de miembros de las Municipalidades variaba, de 24 en la de Caracas, dividida en dos cámaras de 12 cada una (art. 90); 16 miembros en las de Barquisimeto, San Carlos, La Victoria y San Sebastián (art. 92); y luego de 12, 8 y 6 miembros según la importancia y jerarquía de las ciudades (arts. 91 a 102). Las Municipalidades capitales de Distrito debían llevar el Registro Civil (art. 70) y se les atribuían todas las competencias propias de vida local en una enumeración que cualquier ley municipal contemporánea envidiaría (art. 76). La Municipalidad gozaba “de una autoridad puramente legislativa” (art. 77) y elegía los Alcaldes (art. 69) que eran las autoridades para la administración de justicia, y proponían al Poder Ejecutivo los empleos de Corregidores (art. 69 y 217) que eran los órganos ejecutivos municipales. En ellas tenían asiento, voz y voto, los agentes municipales que debían ser electos en cada parroquia (arts. 65 y 103).

El *Capítulo Quinto* reguló al “Poder Legislativo” de la Provincia, que residía en una Asamblea General compuesta por un Senado y una Cámara de Representantes (art. 130). En detalle, el texto reguló su composición, funcionamiento, poderes y atribuciones y el sistema de elección de sus miembros (arts. 230 a 194).

El *Capítulo Sexto* reguló el “Poder Ejecutivo”, de la Provincia que residía en 3 individuos electos por los Electores de cada Distrito (arts. 195 y 196). Se reguló la

forma de elección y las condiciones de elegibilidad de los miembros del Poder Ejecutivo (arts. 196 a 207), así como sus atribuciones (arts. 308 a 233).

El *Capítulo Séptimo* está destinado al “Poder Judicial”, en el cual se dispuso que se conservaba provisionalmente la organización del mismo que existía (art. 234) y que a nivel inferior era administrado, además de por Jueces de Primera Instancia, por los Alcaldes y Corregidores con apelación ante las Municipalidades (art. 240 a 250). En las materias civiles y criminales, sin embargo, se estableció que la justicia sería administrada por dos Cortes Supremas de Justicia (art. 259) y por los Magistrados inferiores de primera instancia antes indicados (art. 235). En cada Departamento se establecieron Tribunales Superiores (art. 251) y en general se establecieron normas de procedimiento judicial relativas al juicio verbal, que se estableció como norma general (art. 240).

Los *Capítulos Octavo y Noveno* se refieren a la “elección de los Senadores para el Congreso General y su remoción”, así como de los Representantes (arts. 275 a 280).

El *Capítulo Diez* se refiere al “Fomento de la literatura” donde se reguló al Colegio y Universidad de Caracas (art. 281) y el fomento de la cultura (art. 282).

Los *Capítulos Once y Doce* están destinados a regular la revisión y reforma de la Constitución (arts. 283 a 291) y su sanción o ratificación (art. 292 a 259).

El *Capítulo Trece*, indica que “se acuerdan, declaran, establecen y se dan por insertos literalmente en esta Constitución los derechos del hombre que forman el Capítulo Octavo de la Federal, los cuales están obligados a observar, guardar y cumplir todos los ciudadanos de este Estado” (art. 296).

El *Capítulo Catorce* sostiene una serie de “Disposiciones Generales”, donde se regulan, en general, otros derechos de los ciudadanos así como deberes (arts. 297 a 234), concluyéndose con la formulación expresa de la garantía objetiva de la Constitución, en el sentido de que “las leyes que se expidieren contra el tenor de ella no tendrán valor alguno sino cuando hubieren llenado las condiciones requeridas para una justa y legítima revisión y sanción (de la Constitución)” (art. 325).

Este texto constitucional concluye con una “Despedida” de la “Sección Legislativa de Caracas, dirigida a los habitantes de la Provincia”, al terminar sus sesiones y presentar la Constitución Provincial en la cual se hace un recuento del proceso de conformación institucional de la Confederación y del Gobierno Federal hasta ese momento, justificándose la propuesta de formar una “sesión legislativa provisoria para Caracas” del Congreso General, compuesta con la separación de sus diputados al mencionado Congreso General, la cual tuvo a su cargo la elaboración del texto constitucional provincial⁷²⁵.

C. Las ideas de Simón Bolívar sobre la separación de poderes y el sistema de gobierno

Todo el mecanismo de separación de poderes y de hegemonía del Poder Legislativo que se configuró en los primeros años de la vida republicana de Venezuela, con todo un sistema de contrapeso de poderes para evitar la formación de un poder fuer-

⁷²⁵ V. en *Las Constituciones Provinciales*, op. cit., pp. 137 y ss.

te, no sólo originó la caída de la Primera República sino que condicionó la vida republicana en las décadas posteriores. Contra esta debilidad del Poder Ejecutivo constitucionalmente consagrada, el cual además era tripartito, reaccionó primeramente el Libertador Simón Bolívar en su Manifiesto de Cartagena en 1812 y luego en su Discurso de Angostura en 1819, en el cual propondría al Congreso la adopción de una fórmula de gobierno con un Ejecutivo fuerte, lo cual, sin embargo; no fue acogido por la Constitución de 1819⁷²⁶.

Decía en su Discurso de Angostura: “Aquí el Congreso ha ligado las manos y hasta la cabeza a los Magistrados. Este cuerpo deliberante ha asumido una parte de las funciones Ejecutivas, contra la máxima de Montesquieu, que dice que un Cuerpo Representativo no debe tomar ninguna resolución activa: debe hacer Leyes, y ver si se ejecutan las que hace. Nada es tan contrario a la armonía de los Poderes, como su mezcla. Nada es tan peligroso con respecto al pueblo, como la debilidad del Ejecutivo”. Y agregaba: “En las Repúblicas el Ejecutivo debe ser el más fuerte porque todo conspira contra él; en tanto que en las Monarquías el más fuerte debe ser el Legislativo, porque todo conspira en favor del Monarca...”. Y concluía diciendo: “Por lo mismo que ninguna forma de Gobierno es tan débil como la democrática, su estructura debe ser de la mayor solidez; y sus instituciones consultarse para la estabilidad. Si no es así, contemos con que se establece un ensayo de Gobierno, y no un sistema permanente: contemos con una Sociedad discolá, tumultuaria, anárquica, y no con un establecimiento social, donde tengan su imperio la felicidad, la paz y la justicia”...⁷²⁷.

Insistió además, en su Discurso de Angostura: “Cuando deseo atribuir al Ejecutivo una suma de facultades superiores a la que antes gozaba, no he deseado autorizar a un déspota para que tiranice la República, sino impedir que el despotismo deliberante sea la causa inmediata de un círculo de vicisitudes despóticas en que alternativamente la anarquía sea reemplazada por la oligarquía y por la monocracia”⁷²⁸.

Como se puede observar, el principio de la separación de poderes estuvo a la base del nacimiento de nuestra República, y en nuestro país, al igual que en todos los estados del mundo moderno, ha condicionado la organización de los sistemas de gobierno; en nuestro caso, desde el mismo origen, al sistema presidencial.

III. EL DEBATE CONSTITUCIONAL ENTRE LOS SISTEMAS PARLAMENTARIOS Y MONÁRQUICOS

Basados en el legado antes analizado de las revoluciones norteamericana y francesa y su implantación en Latinoamérica, puede decirse que los sistemas de gobierno presidencial y parlamentario se fueron consolidado paulatinamente, así como modi-

726 V. sobre lo que sigue Allan R. Brewer-Carías, “Ideas centrales sobre la organización del Estado en la obra del Libertador y sus proyecciones contemporáneas” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n° 95-96, Caracas 1984, pp. 137 y ss; y Allan R. Brewer-Carías, “El régimen histórico-constitucional del Estado”, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996.

727 V. el texto en Simón Bolívar, *Escritos Fundamentales*, Caracas, 1982, pp. 132 y ss.

728 *Idem.*, p. 139.

ficándose y moldeándose a las realidades de cada país, de manera que puede decirse que en la actualidad no hay sistemas presidenciales o parlamentarios puros.

Muchos parlamentarismos históricos se han presidencializado, como sucedió en Francia con el llamado sistema “semipresidencial” de 1958 o se discuten fórmulas para presidencializarse como ha sucedido en Italia; y en la mayoría de los presidencialismos de América Latina, dados sus efectos políticos⁷²⁹, se han venido incorporando sucesivamente elementos del parlamentarismo, conformándose presidencialismos atenuados o con sujeción parlamentaria⁷³⁰.

Los cambios en los sistemas, en todo caso, se han dado más en los sistemas presidenciales que en los parlamentarios, siendo aquellos los más criticados por la teoría democrática europea. Un resumen de esta crítica, por ejemplo, se refleja en los comentarios del profesor Michelangelo Bovero en relación con el proyecto de reforma constitucional que hace unos años se planteó en Italia en relación con el paso de un sistema parlamentario a un sistema presidencial, refutándolo con las siguientes tres fórmulas drásticas:

- a. El presidencialismo es la forma institucional más antigua de la democracia moderna, y justamente por eso es una forma rudimentaria de la democracia
- b. La forma de gobierno presidencial es la menos democrática de las que puede asumir la democracia moderna, porque en ella un poder monocrático en mayor o menor medidas discrecional, tiende a prevalecer sobre el poder colegiado de las Asambleas pluralistas (el parlamento), a la que les es confiada la representación política de los ciudadanos.
- c. La única reforma verdaderamente democrática del presidencialismo sólo puede ser su abolición (drástica o gradual, según lo que puedan permitir o requerir las circunstancias)⁷³¹.

Ahora bien, independientemente de planteamientos sobre reformas concretas, lo que ahora interesa retener es el debate permanente por la opción entre uno y otro sistema, para lo cual, como antes se dijo, no deben despreciarse los condicionamientos históricos que los originaron en Europa y en América.

Ese debate, en todo caso, tiene que partir de la fijación de las características centrales de ambos sistemas, cuyas diferencias derivan de la naturaleza, en cada caso, de las relaciones entre el gobierno y el parlamento, y en definitiva, entre los órganos que ejercen el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. Para la determinación de dichas diferencias, en todo caso, deben analizarse dos aspectos:

En *primer lugar*, la fuente de legitimación democrática de los titulares de los órganos del gobierno, es decir, determinar quién tiene el poder de instituirlos o elegirlos y eventualmente de destituirlos, removerlos o revocarlos.

729 V. en general Manuel Barquín et al, *El predominio del poder ejecutivo en Latinoamérica*, UNAM, México 1977; y Juan J. Linz, “Los peligros del presidencialismo” en Juan Linz et al, *Reformas al presidencialismo en América Latina: ¿Presidencialismo vs. Parlamentarismo?*, Comisión Andina de Juristas/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993.

730 Dieter Nohlen, “Sistemas de gobierno. Perspectivas conceptuales y comparativas” en Juan Linz et al, *Reformas al presidencialismo en América Latina: ¿Presidencialismo vs. Parlamentarismo?*, Comisión Andina de Juristas/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993, pp. 78 y ss.

731 Michelangelo Bovero, “Sobre el presidencialismo y otras malas ideas. Reflexiones a partir de la experiencia italiana”, en Miguel Carbonell et al (Coordinadores), *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, UNAM, México 2001, pp. 18-19.

En *segundo lugar*, la determinación de las respectivas funciones de dichos órganos, es decir, establecer los poderes o competencias de cada órgano y en particular, a quién corresponde el gobierno.

En los sistemas parlamentarios, como se dijo, el gobierno emana o deriva del Parlamento y depende de su confianza. Es decir, el órgano que en última instancia gobierna es el parlamento, a través de funcionarios que generalmente son miembros del mismo (Jefe de Gobierno, Primer Ministro, Ministros) que tienen su respaldo, y cuya designación al gobierno no conlleva la pérdida de la investidura parlamentaria. En los sistemas parlamentarios, por tanto, se distingue entre el Jefe del Estado y el jefe de gobierno, éste último dependiente del parlamento. Por ello, en general, en los sistemas parlamentarios, el Parlamento, en general es el único órgano electo por el voto popular, por lo que de él emana el gobierno y ante él responde de sus acciones. El Jefe del Estado, en cambio, puede ser un Monarca o un Presidente electo que no gobierna.

Es decir, si bien en algunos casos de sistemas parlamentarios puede haber un Presidente electo, éste sólo actúa como Jefe de Estado. Por ello, mientras éste no tenga las funciones de gobierno, es decir, mientras no dirija el gobierno con poderes de iniciativa y orientación política, a pesar de la elección presidencial, el sistema seguirá siendo parlamentario, en cuyo caso, el gobierno seguirá siendo dependiente del Parlamento y de la mayoría parlamentaria.

Pero en algunos sistemas de gobierno contemporáneos se pueden identificar algunos en los cuales existe un Presidente de la República electo al igual que el Parlamento, teniendo el gobierno una doble dependencia, respecto del Parlamento y del Presidente electo. Es el caso francés, donde la importancia y función del jefe del Estado es mayor en cuanto a la posibilidad de influir en el gobierno. Por ello, el sistema francés, si bien llamado de semipresidencialismo, encuadra dentro de los sistemas presidenciales. Por ello, en estos casos, si el Presidente no goza del respaldo de la mayoría parlamentaria, tiene que “cohabitar” con un primer ministro y gabinete de otra tendencia política.

En definitiva, en los sistemas parlamentarios, el gobierno emana del parlamento que detenta la representación popular, por lo que el jefe del gobierno no es electo popularmente. El parlamento, por tanto, es el órgano preeminente, del cual depende la legitimidad del gobierno.

Los sistemas presidenciales de gobierno, en cambio, existen cuando el jefe de gobierno (quien también es a la vez, jefe de Estado) es electo directa y periódicamente por los ciudadanos por sufragio universal. Por ello, la sola elección de un Presidente por sufragio universal no es suficiente para calificar el sistema de gobierno como presidencial, exigiéndose que tenga el carácter de jefe de gobierno. En definitiva, lo que es esencial es que la legitimidad democrática del jefe de gobierno, no deriva del Parlamento, órgano que, además, no puede deslegitimarlo.

Un tema importante en relación con el funcionamiento del presidencialismo ha sido el de la regulación de la reelección presidencial, habiendo sido una tradición para frenar el poder presidencial abusivo, sea la prohibición de la reelección o la limitación de la posibilidad de reelección por una sola vez.

En efecto, el sistema presidencial puede convertir el juego político en un juego suma-cero, que sigue la regla de “todo al ganador”. Es decir, con la elección presi-

dencial, el poder de gobierno se encomienda a un sólo órgano por un período fijo (que en algunos casos puede ser muy extenso), sin posibilidad de cambio hasta la próxima elección presidencial. En este juego, a veces resulta difícil combinar el rol de Jefe de Estado, que lo debe ser de todos los habitantes con el de jefe de gobierno, que puede ser de un partido o de la mayoría parlamentaria.

Por ello, el gobierno en manos de un solo órgano electo puede originar una crisis de legitimidad democrática, que el sistema presidencial no encuentra solución, salvo mediante mecanismos políticos excepcionales como el referendo revocatorio o el juicio político (*impeachment*) que a la vez son demasiado lentos, complejos y traumáticos. Por otra parte, la relación directa del Presidente con el electorado, puede originar una relación líder-pueblo que puede convertir el régimen en plebiscitario y populista.

Por ello, otro aspecto que influye en el funcionamiento del sistema presidencial es el método de elección presidencial, de mayoría absoluta -dos vueltas- o de mayoría relativa. Los sistemas de doble vuelta, que a veces se propugnan para asegurar una mayor representatividad y legitimidad democráticas, en contraste pueden originar conflictos y tensiones insalvables entre los órganos legislativo y ejecutivo. Por ello se ha considerado que la doble vuelta, en lugar de resolver conflictos, puede exacerbar la pretensión autoritaria del Presidente electo que puede creer que dispone de una mayoría real⁷³². En los sistemas presidenciales, un factor de gobernabilidad efectiva deriva de la mayoría política que pueda tener el Presidente en el Parlamento, sea por la mayoría absoluta que pueda tener su partido o de los acuerdos entre partidos para asegurar dicha gobernabilidad.

En los sistemas presidenciales, por otra parte, las relaciones entre el Presidente de la República y el Parlamento en el ejercicio de sus funciones propias, ha originado una serie de interferencias constitucionales a los efectos de mitigar la separación de poderes, convirtiéndola en cooperación o colaboración. Por ejemplo: el Presidente puede vetar la legislación que emane del Parlamento; y el parlamento debe aprobar los decretos de estados de excepción que emanen del Ejecutivo. El proyecto de Ley de Presupuesto sólo puede ser de iniciativa presidencial y el parlamento está limitado en cuanto a sus poderes de modificación del proyecto de dicha ley.

Por otra parte, si bien en el sistema presidencial el gobierno no depende del Parlamento, los controles del legislativo que se han venido incorporando en la Constituciones, han llevado progresivamente al parlamento a coparticipar en las funciones de gobierno, al atribuírsele constitucionalmente competencia para por ejemplo, autorizar o aprobar decisiones ejecutivas⁷³³.

En otro sentido, la función normativa del Estado ha dejado de ser una tarea exclusivamente parlamentaria, admitiéndose no sólo el desarrollo de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, sino la potestad de dictar decretos con rango y valor de ley, incluso mediante delegación del parlamento.

732 Diego Valadés, *El gobierno de gabinete*, op. cit., p. 12.

733 Néstor Pedro Sagüés, "Formas de gobierno: aproximaciones a una teoría del control parlamentario sobre el Poder Ejecutivo", en Juan Linz et al., *Reformas al presidencialismo en América Latina: ¿Presidencialismo vs. Parlamentarismo?*, Comisión Andina de Juristas, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993, pp. 93 y ss.

Por otra parte, en los sistemas presidenciales, el Presidente designa sus Ministros, quienes son sus órganos; y juntos integran el Consejo de Ministros. Los Ministros deben refrendar los actos del Presidente con lo que se mitiga el carácter unipersonal del Ejecutivo. En cuanto a los diputados, éstos si son designados Ministros pierden su investidura; y el cargo de Ministro es incompatible con cualquier otro cargo, por lo que para que estos puedan ser electos diputados deben separarse de sus cargos con antelación. A los Ministros, responsables ante el Presidente, también se los hace responsables ante el Parlamento, donde están obligados a comparecer para ser interpelados y pueden ser objeto de votos de censura para lograr su remoción.

En definitiva, en los sistemas presidenciales, el gobierno emana directamente de la voluntad popular y no del Parlamento, el cual igualmente detenta la representación popular; por lo que el jefe del gobierno no deriva del Parlamento. Sin embargo, la potestad normativa del Estado está compartida entre ambos órganos. El Presidente de la República, por tanto, es el órgano preeminente, lo que puede originar el relegamiento del Parlamento a ser un órgano de registro de decisiones ejecutivas, y con la sola posibilidad de ser un órgano de balance del poder mediante el ejercicio de poderes de control.

IV. EL PRINCIPIO DE LA PENTA DIVISIÓN HORIZONTAL DEL PODER PÚBLICO EN VENEZUELA

1. La penta división del Poder Público Nacional

Uno de los principios fundamentales del derecho público en la Constitución de 1999, es el de la división horizontal o separación orgánica de poderes, que origina órganos independientes y autónomos entre sí, que ejercen no sólo las tres clásicas ramas del Poder Público: la Legislativa, la Ejecutiva y la Judicial; sino además, las ramas Ciudadana y Electoral.

La Constitución de 1999 adoptó, así, un novedoso sistema de separación orgánica del Poder Público Nacional, al hacerlo entre cinco Poderes: el Poder Legislativo Nacional, el Poder Ejecutivo Nacional, el Poder Judicial, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral, correspondiendo su ejercicio a cinco complejos orgánicos diferenciados y separados. Estos son, respectivamente, la Asamblea Nacional; el Presidente, sus Ministros y el resto de los órganos del denominado “Ejecutivo Nacional”; el Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales de la República, así como la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y los otros órganos de gobierno y administración del Poder Judicial; el Ministerio Público o Fiscalía General de la República, la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo; y el Consejo Nacional Electoral, sus Comisiones y Juntas. Estos cinco conjuntos orgánicos se encuentran separados, son autónomos e independientes entre sí, y cada uno de ellos tiene sus competencias constitucionales y legales específicas.

Esta penta división o separación horizontal orgánica del Poder Público (art. 136), por supuesto no es rígida, como no lo es hoy en ninguna parte del mundo. No sólo todos los órganos que las integran colaboran entre sí en la realización de los fines del Estado (art. 136), sino que el ejercicio de las funciones propias de los órganos de

cada uno, no es exclusivo ni excluyente, pudiendo, en dicho ejercicio, haber interferencia por parte de los órganos de los otros poderes estatales.

Debe señalarse, por supuesto, que formalmente y como sucede hoy en la mayoría de los países, la otrora clásica división del poder en la ramas Legislativa, Ejecutiva y Judicial, desde el Siglo XX se ha roto en el constitucionalismo moderno, de manera que en general, el Poder Público se ejerce, además de por los órganos que componen las tres clásicas ramas, por otra serie de órganos que progresivamente han sido constitucionalizados y dotados de autonomía funcional, y que en el caso de Venezuela, ahora han sido erigidos en ramas formales del Poder Público.

Es el caso del Poder Ciudadano, que integra los ya clásicos órganos constitucionales de control (art. 273), como la Contraloría General de la República (art. 267); el Ministerio Público: (art. 284) y la Defensoría del Pueblo (art. 280); y del Poder Electoral, que ejerce el Consejo Nacional Electoral (art. 293).

En la Constitución de 1999, en todo caso, se eliminó el Consejo de la Judicatura, que también era un órgano constitucional con autonomía funcional, atribuyéndose ahora las funciones de gobierno y administración de la rama judicial al Tribunal Supremo de Justicia (art. 267).

Es de destacar, que la clave de funcionamiento de un sistema de separación orgánica de poderes, es la autonomía e independencia entre los Poderes, características que en la Constitución de 1999 resultan seriamente afectadas, entre otras, por las siguientes regulaciones: el Tribunal Supremo de Justicia tiene competencia para decretar la destitución del Presidente de la República (art. 233); el Presidente de la República puede disolver la Asamblea Nacional (arts. 236, ord. 21 y 240), y la Asamblea Nacional puede remover a los Magistrados del Tribunal Supremo (art. 265), al Contralor General de la República, al Fiscal General de la República, al Defensor del Pueblo (art. 279) y a los integrantes del Consejo Nacional Electoral (art. 296). La independencia de los Poderes, con estas regulaciones, no tiene garantía constitucional alguna.

2. La división del Poder Público y las diversas funciones del Estado

Conforme a este principio de la separación de Poderes establecido en la Constitución de 1999, el Poder Público se encuentra dividido en el ordenamiento constitucional al distinguir, a nivel nacional, los órganos que ejercen el Poder Legislativo (la Asamblea Nacional), de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo (el Presidente de la República y demás órganos de la Administración Pública), de los órganos que ejercen el Poder Judicial (Tribunal Supremo de Justicia y Tribunales), de los órganos que ejercen el Poder Ciudadano (Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Contraloría General de la República), y de los órganos que ejercen el Poder Electoral (Consejo Nacional Electoral). Sin embargo, esta división del Poder Público no implica que cada uno de dichos órganos siempre tenga el ejercicio exclusivo de alguna función estatal específica.

Al contrario, todos los órganos del Estado, en una u otra forma ejercen todas las funciones del Estado, lo que responde a otro de los principios fundamentales del derecho público en la Constitución de 1999: el principio del ejercicio inter-orgánico de las funciones del Estado.

Es decir, tal como la antigua Corte Suprema de Justicia lo señaló reiteradamente, la división de la potestad estatal (el Poder Público) en ramas y la distribución de su ejercicio entre diversos órganos, no coincide exactamente con la “separación” de las funciones estatales⁷³⁴. Por tanto, el hecho de que exista una separación orgánica “de poderes” no implica que cada uno de los órganos que lo ejercen tenga necesariamente el ejercicio exclusivo de ciertas funciones, pues paralelamente a las “funciones propias” de cada órgano del Estado, éstos ejercen funciones que por su naturaleza son similares a las que ejercen otros órganos estatales⁷³⁵. En otras palabras, paralelamente a sus funciones propias, realizan funciones distintas a aquellas que les corresponden por su naturaleza⁷³⁶.

La Constitución de 1999, siguiendo la terminología que había adoptado la Constitución de 1961, antes que referirse a una “división del Poder” en cada “rama” del Poder Público (entre Legislativo, Ejecutivo y Judicial por ejemplo, como lo hacían las Constituciones anteriores), se refiere a que cada una de dichas ramas tiene “funciones” propias, con lo cual se refiere a la noción de funciones estatales⁷³⁷. La revisión de la doctrina de la separación de poderes que los proyectistas de la Constitución de 1961 hicieron, resulta en nuestro criterio evidente; pues se buscó superar las distorsiones de la “separación de Poderes” como compartimientos estancos de actividades atribuidas a órganos distintos por una asignación constitucional y legal de funciones propias a cada órgano del Estado, con la obligación de colaborar entre sí en la realización de los fines del Estado.

En la expresión constitucional, por tanto, por función ha de entenderse la acción que desarrollan los órganos estatales o la actividad que desempeñan como tarea que le es inherente, en el sentido que sólo en ejercicio del Poder Público pueden cumplirse. De ahí que la función es toda actividad de la propia esencia y naturaleza de los órganos estatales y, por tanto, indelegable salvo que exista una autorización constitucional. Entonces, las diversas funciones del Estado son sólo las diversas formas a través de las cuales se manifiesta la actividad estatal⁷³⁸.

Puede decirse, entonces, que la doctrina o principio de la separación de poderes no tiene aplicación alguna en Venezuela, en su concepción rígida, como separación de tres “funciones” atribuidas en forma exclusiva a tres órganos distintos e independientes,⁷³⁹ sino que más bien ha sido formulada como una “división del Poder” en el

734 Cfr., por ejemplo, sentencia de la CF de 19-6-53, en *GF* n° 1, 1953, p. 77; y sentencias de la CSJ en SPA de 18-7-63, en *GF* n° 41, 1963, pp. 116 y 117; de 27-5-68, en *GF* n° 60, 1969, pp. 115 y ss.; y de 9-7-69, en *GF* n° 65, 1969, pp. 70 y ss.

735 V., la sentencia de la CF de 19-6-53, en *GF* n° 1, 1953, p. 77; y la sentencia de la CFC en SPA de 18-7-63, en *GF* n° 41, 1963, p. 116.

736 V. sentencia de la CSJ en SPA de 18-7-63, en *GF* n° 41, 1963, pp. 116 y 117.

737 Sobre el artículo 118 de la Constitución de 1961, que tenía igual texto que el artículo 136 de la Constitución de 1999, la Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución de 1961 señaló que en él “se hace la definición relativa a la separación de los Poderes y a la revisión que el concepto clásico de Montesquieu ha recibido en el Derecho Moderno”. V. en *RFD* n° 21, pp. 389 y 390. V. *La Constitución de 1961 y la Evolución Constitucional de Venezuela*, Actas de la Comisión Redactora del Proyecto, Tomo 1, Vol. I, Caracas, 1971, p. 150.

738 V. Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales...*, cit., p. 105.

739 El carácter flexible, no rígido ni absoluto, del principio en su aplicación en Venezuela, ha sido destacado repetidamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema. En particular, en Sentencias de la CFC en SPA

sentido de que se establecen una multiplicidad de órganos y a cada uno se asigna una función propia, lo que en modo alguno significa exclusividad en el ejercicio de esa función. Esta fue realmente la innovación constitucional de los textos de 1953 y 1961, perfeccionada en la Constitución de 1999, y el sentido de la llamada colaboración funcional de los poderes⁷⁴⁰. En otras palabras, el sistema constitucional establece una separación orgánica (división del Poder Público) en los diversos niveles territoriales del Estado, con la cual no coincide una supuesta “separación de funciones”.

En efecto, ante todo la Constitución no sólo insiste en la distribución del Poder Público en “ramas”, sino que asigna a cada una de ellas y a sus órganos, conformados de acuerdo a la división del Poder en cada nivel, funciones propias.

En efecto, en cuanto a la rama nacional del Poder Público, es decir, el Poder Público Nacional (art. 136), la Constitución atribuye su ejercicio a cinco órganos o grupos de órganos separados, distintos e independientes, teniendo cada uno de ellos sus funciones propias: la Asamblea Nacional ejerce el Poder Legislativo Nacional (art. 186) y se le atribuye como función propia, la función normativa (“legislar en las materias de la competencia nacional” (art. 187,1) y la función de control (art. 222); el Presidente de la República y demás funcionarios determinados en la Constitución y la ley, ejercen el Poder Ejecutivo Nacional (art. 225) y se le atribuyen como funciones propias, la función política (acción de gobierno) (arts. 226, 233,2), la función administrativa y la función normativa (art. 236); el Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales que determina la Constitución y la Ley, ejercen el Poder Judicial, y se le atribuye como funciones propias la función jurisdiccional (Art. 253), la función de control (arts. 259; 336), y la función administrativa (gobierno y administración del Poder Judicial) (art. 267); el Consejo Moral Republicano, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, ejercen el Poder Ciudadano (art. 273) a los que se le atribuyen como funciones propias, la función de control (vigilancia, inspección, fiscalización) sobre actividades de la Administración Pública, de los órganos judiciales y de los administrados (art. 274, 281, 285, 289) y la función administrativa; y el Consejo Nacional Electoral y sus órganos subordinados que ejercen el Poder Electoral (art. 292) se le atribuye como función propia la función administrativa, la función de control y la función normativa (art. 292).

Sin embargo, el hecho de que cada uno de esos órganos nacionales tenga funciones propias no significa que las ejerza con carácter de exclusividad, pues no sólo *en su* ejercicio algunas veces intervienen otros órganos, sino que su ejercicio se atribuye también a otros órganos.

En cuanto a la rama estatal del Poder Público, es decir, el Poder Público Estatal, la Constitución atribuye su ejercicio a tres órganos o grupos de órganos separados,

de 23-2-50 en *GF*, n° 4, 1950, pp. 84 a 39; de la CFC en CP de 26-5-51 en *GF*, n° 8, 1952, p. 114; y Sentencias de la CSJ en SPA de 18-7-63 en *GF*, n° 41, 1963, pp. 117-118; de 27-5-68 en *GF*, n° 60, 1969, pp. 115 a 118; de 22-4-69 en *GF*, n° 64, 1969, pp. 5 a 15; de 9-7-69, en *GF*, n° 65, 1969, pp. 70 a 74; y de 1-6-72, en *G.O.* n° 1.523, *Extraordinario*, de 1-6-72, p. 9. *V.*, además, Allan-R. Brewer-Carías, “Algunas bases del Derecho Público en la jurisprudencia Venezolana”, en *RFJ*, n° 27, 1963, pp. 143 y 144. Las referencias jurisprudenciales citadas a lo largo de este párrafo pueden verse en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema (1930-1973) y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo I, (El ordenamiento constitucional y funcional del Estado), Caracas, 1975, pp. 147 y ss.

740 *V. La Constitución de 1961 y la Evolución.*, cit., Tomo I, Vol. I, p. 513.

distintos e independientes, teniendo cada uno de ellos sus funciones propias: Los Consejos Legislativos Estadales que ejercen el Poder Legislativo de los Estados y se le atribuye como función propia, la función normativa (art. 162,1); los Gobernadores que ejercen el Poder Ejecutivo de los Estados, se le atribuye, como funciones propias, las funciones de gobierno y administración (art. 160); y las Contralorías Estadales, a las cuales se asigna como función propia, la función de control (art. 163).

Por lo que se refiere a la rama municipal del Poder Público, es decir, el Poder Público Municipal, la Constitución también atribuye su ejercicio a tres órganos separados e independientes, teniendo cada uno de ellos sus funciones propias: los Concejos Municipales que ejercen el Poder Legislativo municipal y se le atribuye como función propia, la función normativa (“función legislativa”, dice el artículo 175) del Municipio; los Alcaldes que ejercen el Poder Ejecutivo municipal, y se les atribuye, como funciones propias, las funciones de gobierno y administración del Municipio (art. 174); y las Contralorías municipales, a las cuales se asigna como función propia, la función de control (art. 176). La Constitución, adicionalmente asigna a los Municipios, la función jurisdiccional, pero exclusivamente mediante la justicia de paz (art. 178,8) conforme a la ley nacional (art. 258).

El concepto de funciones del Estado, por tanto, es distinto al de poderes del Estado. El Poder Público, sus ramas o distribuciones, constituye en sí mismo una situación jurídica constitucional individualizada, propia y exclusiva de los órganos del Estado, mediante cuyo ejercicio estos realizan las funciones que le son propias. Las funciones del Estado, por su parte, constituyen las actividades propias e inherentes al Estado⁷⁴¹. La noción de Poder es entonces previa a la de función: ésta se manifiesta como una actividad estatal específica realizada en ejercicio del Poder Público (de una de sus ramas o distribuciones), por lo que no puede existir una función estatal sino cuando se realiza en ejercicio del Poder Público, es decir, de la potestad genérica de obrar que tiene constitucionalmente el Estado. Poder y función son, por tanto, distintos elementos en la actividad del Estado: el Poder Público como situación jurídico-constitucional, tiene su fuente en la propia Constitución y existe la posibilidad de ejercerlo desde el momento en que está establecido en ella; la función estatal, en cambio, presupone siempre el ejercicio del Poder Público por un órgano del Estado, y sólo cuando hay ejercicio concreto del Poder Público es que se realiza una función estatal.

3. Las diversas funciones del Estado

Ahora bien, en el mundo contemporáneo pueden distinguirse cinco funciones básicas del Estado: la función normativa, la función política, la función administrativa, la función jurisdiccional y la función de control, a las cuales pueden reconducirse todas las actividades del Estado. Estas funciones, realizadas en ejercicio del Poder Público por los órganos estatales, sin embargo, generalmente no están encomendadas con carácter exclusivo a diferentes órganos, sino que se ejercen por varios de los órganos estatales.

741 Cfr., Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, pp. 105 y ss.

A. La función normativa

En efecto, la función normativa en el Estado contemporáneo es aquella actividad estatal que se manifiesta en la creación, modificación o extinción de normas jurídicas de validez general⁷⁴². La función normativa del Estado, en esta forma, si bien se atribuye como función propia al órgano que ejerce el Poder Legislativo, es decir, a la Asamblea Nacional, se realiza también por otros órganos del Poder Público.

En efecto, ante todo debe destacarse que la potestad de dictar leyes, en el ámbito nacional, corresponde esencialmente a la Asamblea Nacional actuando como cuerpo legislador (Art. 203), siendo estas leyes, por su generalidad e imperatividad, el tipo ideal de actos dictados en ejercicio de la función normativa. Pero en el ordenamiento jurídico venezolano, los otros órganos del Poder Público también ejercen esta función creadora de normas jurídicas, incluso con rango y valor de ley. En efecto, cuando mediante una ley habilitante la Asamblea Nacional delega en el Presidente la posibilidad de dictar actos estatales con rango y valor de ley (Art. 236,8), sin duda ejerce la función normativa; e igualmente, cuando reglamenta las leyes (Art. 236,10). Igualmente el Tribunal Supremo de Justicia también ejerce la función normativa cuando dicta los reglamentos necesarios a los efectos de asegurar la dirección y gobierno del Poder Judicial (Art. 267)⁷⁴³.

Igualmente, ejercen la función normativa, los órganos del Poder Ciudadano cuando dictan los reglamentos establecidos en las leyes reguladoras de su actividad⁷⁴⁴, al igual que el Consejo Nacional Electoral, en ejercicio del Poder Electoral, cuando reglamenta las leyes electorales (Art. 293,1)⁷⁴⁵.

Por tanto, la función normativa, como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos pueden crear, modificar o extinguir con carácter general las normas del ordenamiento jurídico, se ejerce por los cinco grupos de órganos estatales en ejercicio del Poder Público: por la Asamblea Nacional, actuando como cuerpo colegislador y en virtud de sus poderes reguladores de los *interna corporis*, en ejercicio del Poder Legislativo Nacional; por el Presidente de la República y otros órganos ejecutivos, en ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional; por el Tribunal Supremo de Justicia, en ejercicio del Poder Judicial; por el Consejo Moral Republicano, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, y la Defensoría del pueblo, en ejercicio del Poder Ciudadano; y el Consejo Nacional Electoral, en ejercicio del Poder Electoral. La función normativa, por tanto, si bien es una “función propia” de la Asamblea Nacional, no es una función privativa y exclusiva de ella, pues los otros órganos estatales también la ejercen. Sin embargo, lo que sí es función privativa y exclusiva de la Asamblea nacional es el ejercicio de la función normativa en una forma determinada: como cuerpo legislador y mediante la emisión de los actos estatales denominados leyes. En efecto, sólo la Asamblea Nacional actuando como cuerpo legislador puede dictar leyes; sólo la Asamblea puede dictar sus *interna corporis* (Reglamento Interior y de Debates) y sólo ella puede crear

742 *Cfr.*, sentencia de la CSJ en SPA de 18-7-63, en *GF* n° 41, 1963, p. 116.

743 *V.*, por ejemplo, Art. 6, párrafo 1, 10, 12, *Gaceta Oficial* n° 37.942 de 19-05-2004.

744 Artículos 3; 14,2; y 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; Artículos 29; 20; 34; 36; 40; 43; 46 y 51 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

745 Además, artículos 32 y 29 de la Ley Orgánica del Poder Electoral.

normas jurídicas generales ejerciendo atribuciones establecidas directamente en la Constitución sin condicionamiento legal alguno. Los otros órganos estatales que ejercen la función normativa, si bien realizan una función creadora dentro del ordenamiento jurídico, a excepción de los decretos leyes habilitados (dictados por el Presidente de la República una vez que se ha dictado la ley habilitante) lo hacen a través de actos administrativos de efectos generales, y siempre bajo el condicionamiento de las leyes y nunca en ejecución directa e inmediata sólo de una norma constitucional. En otras palabras, las leyes son actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y de rango legal; los reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales son actos de ejecución directa e inmediata de la legislación y de rango sublegal⁷⁴⁶. Sin embargo, los decretos-leyes habilitados que puede dictar el Presidente de la República, a pesar de requerir de una ley habilitante, en virtud de la delegación legislativa que contiene, puede decirse que se dictan también en ejecución directa de la Constitución.

B. La función política

Pero aparte de la función normativa, en el Estado contemporáneo ha ido delineándose otra función primordial, distinta de la función administrativa, por medio de la cual el Presidente de la República ejerce sus actividades como jefe del Estado, es decir, como jefe del Gobierno de la República⁷⁴⁷, dirigiendo la acción de gobierno (arts. 226; 236,2). A través de esta función política, el Presidente de la República puede adoptar decisiones en virtud de atribuciones que le son conferidas directamente por la Constitución, en general sin condicionamiento legal, de orden político, las cuales, por tanto, exceden de la administración normal de los asuntos del Estado. Ello ocurre por ejemplo, cuando dirige las relaciones exteriores, convoca a sesiones extraordinarias a la Asamblea Nacional y cuando la disuelve (arts. 236,4,9,20). También puede considerarse que ejerce la función política, cuando decreta los estados de excepción, y restringe garantías constitucionales, incluso, en este caso, a

746 El carácter sublegal de los reglamentos surge, inclusive, en aquellos casos en que el reglamento, en virtud de delegación legislativa, complementa la ley. En esos casos, el Reglamento se dicta en ejecución directa de la ley y no de la Constitución, por lo que nunca podría tener igual rango que la ley. Al contrario, la antigua Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente: "La ley de la materia (Ley de Pilotaje) sólo contiene disposiciones que, por su carácter general, pueden aplicarse a todas las zonas de pilotaje actualmente existentes o que se crearen en el futuro, pero la determinación de los límites de éstas, de los requisitos que deben llenarse mientras se navegue por ellas, de los símbolos, luces y señales especiales que deberán usarse en las mismas, en la cuantía del derecho de habilitación y de la forma de distribución de los ingresos provenientes del mismo, así como la regulación de otras materias semejantes, ha sido expresamente confiado, en el articulado de la ley, al Poder Ejecutivo, quien con tal objeto debe dictar tantos reglamentos como sea necesario, teniendo en cuenta las características o peculiaridades de cada zona. Estos reglamentos no tienen por objeto desarrollar disposiciones legales ya existentes, sino complementar la ley que reglamentan con otras previsiones sobre materias expresamente señaladas por el legislador, por lo cual tienen en nuestro ordenamiento jurídico el mismo rango (sic) que los actos legislativos. Podría decirse que son decretos-leyes sobre materias cuya regulación reserva el Congreso al Poder Ejecutivo por consideraciones de orden práctico". *V.* sentencia de la CSJ en SPA de 27-1-71, en *G.O.* n° 1.472, extraordinario, de 11-6-71, p. 18.

747 Aun cuando en algunos casos podría no haber coincidencia, podría decirse que, en general, el Presidente de la República ejerce sus atribuciones de jefe del Estado en ejercicio de la función política, y de jefe del Ejecutivo Nacional, en ejercicio de la función administrativa.

pesar de que la Constitución dispuso que una Ley Orgánica deba regular la materia (art. 338)⁷⁴⁸.

La característica fundamental de esta función política es que está atribuida en la Constitución directamente al Presidente de la República, es decir, al nivel superior de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, no pudiendo otros órganos ejecutivos ejercerla.

Los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo en esta forma, realizan fundamentalmente dos funciones propias: la función política y la función administrativa⁷⁴⁹. La función de dirección de la acción de gobierno, como función estrictamente política del Presidente de la República, se ejerce en ejecución directa de atribuciones constitucionales, en general sin condicionamiento legal alguno. El Legislador, en esta forma, y salvo por lo que se refiere a los estados de excepción dada la autorización constitucional (art. 338), no puede limitar las facultades políticas del jefe del Estado⁷⁵⁰. La función política, por tanto, se traduce en actos estatales de rango legal, en tanto que la función administrativa se traduce en actos estatales de rango sublegal⁷⁵¹.

Pero si bien la función política se ejerce con el carácter de función propia por el Presidente de la República en ejercicio del Poder Ejecutivo, ello tampoco se realiza con carácter excluyente, ya que la Asamblea Nacional en ejercicio del Poder Legislativo también realiza la función política, sea a través de actos parlamentarios sin forma de ley⁷⁵², sea mediante leyes⁷⁵³. En estos casos, también, la función política realizada por los órganos del Poder Legislativo es una actividad de rango legal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la Constitución. Pero si bien esta función puede ser realizada tanto por el Presidente de la República como por los órganos legislativos, no es exclusiva o excluyente; sin embargo, lo que sí es exclusiva de uno u otros órganos es la forma de su ejecución en los casos autorizados por la Constitu-

748 *V.* la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción (Ley n° 32), *G.O.* n° 37.261 de 15-08-2001.

749 La distinción entre “gobierno y administración” es comúnmente empleada por la Constitución. *V.*, por ejemplo, artículos, 21, 27 y 30. En el artículo 191 de la Constitución, en igual sentido habla de “aspectos políticos y administrativos” de la gestión del Presidente de la República. En tal sentido, al referirse a los órganos del Poder Ejecutivo de los Estados, la Corte ha señalado lo siguiente: “El artículo 21 de la Constitución atribuye al Gobernador del Estado, el gobierno y la administración de la Entidad, como Jefe del Ejecutivo del Estado y Agente del Ejecutivo Nacional o en su respectiva circunscripción. En esta forma, el Poder Ejecutivo Estatal realiza funciones de gobierno, como poder político y funciones que atienden a otra actividad distinta, como poder administrador”. *V.* sentencia de la CSJ en SPA de 30-6-66, en *GF* n° 52, 1968, p. 231. *Cfr.*, sobre la distinción entre función administrativa y función política como actividades que se realizan en ejercicio del Poder Ejecutivo, el voto salvado a la sentencia de la CSJ en CP de 29-4-65, Imprenta Nacional, 165, pp. 53 y ss.; y *Doctrina PGR*, 1963, Caracas, 1964, pp. 179 y 180.

750 El legislador, por ejemplo, no podría limitar las atribuciones del Presidente de convocar a la Asamblea nacional a sesiones extraordinarias.

751 Sobre la distinción entre los actos del Poder Ejecutivo dictados en ejecución directa de la Constitución o en ejecución directa de la ley, *V.* sentencia de la CSJ en SPA de 13-2-68, en *GF* n° 59, 1969, p. 85. En todo caso, una cosa es atribuir a la función política rango legal y otra es atribuirle “naturaleza legislativa”. El decreto de restricción de garantías constitucionales, por ejemplo, tiene rango legal, por cuanto puede “restringir” temporalmente la vigencia de una ley, lo que implica que la modifique ni la derogue. Si la derogara, el acto tendría “naturaleza legislativa”. Sobre esta confusión, *V. Doctrina PGR*, 1971, Caracas 1972, p. 189.

752 Por ejemplo, cuando autoriza al Presidente de la República para salir del territorio nacional. Art. 187,17 de la Constitución.

753 La ley que decreta una amnistía, por ejemplo. Art. 186,5 de la Constitución.

ción: la función política mediante decretos ejecutivos (actos de gobierno), se realiza en forma exclusiva por el Presidente de la República; y mediante leyes o actos parlamentarios sin forma de ley, por la Asamblea nacional.

C. La función jurisdiccional

Además de la función normativa y de la función política, los órganos estatales realizan la función jurisdiccional, es decir, conocen, deciden o resuelven controversias entre dos o más pretensiones, es decir, controversias en las cuales una parte esgrime pretensiones frente a otra. El ejercicio de la función jurisdiccional se ha atribuido como función propia al Tribunal Supremo de Justicia y a los tribunales de la República, pero aquí también ello no implica una atribución exclusiva y excluyente, sino que, al contrario, los otros órganos estatales pueden ejercer la función jurisdiccional.

En efecto, los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo⁷⁵⁴, realizan funciones jurisdiccionales, cuando las autoridades administrativas deciden controversias entre partes, dentro de los límites de su competencia⁷⁵⁵, y la Asamblea Nacional también participa en la función jurisdiccional, cuando por ejemplo, autoriza el enjuiciamiento del Presidente de la República (art. 266,2). Por tanto, la función jurisdiccional como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos deciden controversias y declaran el derecho aplicable en un caso concreto, se ejerce por diversos órganos estatales en ejercicio del Poder Público: por el Tribunal Supremo de Justicia y los Tribunales de la República, en ejercicio del Poder Judicial; y por los órganos administrativos en ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional. La función jurisdiccional, por tanto, si bien es una “función propia” de los órganos judiciales, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues otros órganos estatales también la ejercen. Sin embargo, lo que sí es una función privativa y exclusiva de los tribunales es el ejercicio de la función jurisdiccional a través de un proceso (art. 257) en una forma determinada: con fuerza de verdad legal, mediante actos denominados sentencias. Sólo los tribunales pueden resolver controversias y declarar el derecho en un caso concreto, con fuerza de verdad legal, por lo que sólo los órganos del Poder judicial pueden desarrollar la “función judicial” (función jurisdiccional ejercida por los tribunales). Los demás órganos del Estado que realizan funciones jurisdiccionales lo hacen a través de actos administrativos condicionados por la legislación.

D. La función de control

Por último, además de la función normativa, de la función política, de la función jurisdiccional y de la función administrativa, los órganos del Estado también ejercen la función de control, cuando vigilan, supervisan y velan por la regularidad del ejer-

754 *V. Cfr.*, sentencias de la CSJ en SPA de 18-7-63, en *GF* n° 41, 1963, pp. 116 y 117; de 27-5-68, en *GF* n° 60, 1969, pp. 115 y 118; y de 9-7-69, en *GF* n° 65, 1969, pp. 70 y ss.

755 Cuando la Administración decide, por ejemplo, la oposición a una solicitud de registro de marca de fábrica, conforme a la Ley de Propiedad Industrial, *G.O.* n° 25.227 de 10-12-1956; o cuando decide la oposición a una solicitud de otorgamiento de una concesión de explotación forestal, conforme a la Ley Forestal, de Suelos y Aguas (Art. 6), en *G.O.* n° 997, *Extra.*, de 8-1-66.

cicio de otras actividades estatales o de las actividades de los administrados y particulares.

El ejercicio de la función de control se ha atribuido como función propia a los órganos que ejercen el Poder Ciudadano, pero en este caso, ello tampoco implica una atribución exclusiva y excluyente, sino que, al contrario, los otros órganos estatales pueden ejercer la función jurisdiccional.

En efecto, la Asamblea Nacional, en ejercicio del Poder Legislativo ejerce la función de control sobre el gobierno y la Administración Pública Nacional y los funcionarios ejecutivos (art. 187,3; 222); el Presidente de la República como Jefe del Ejecutivo Nacional ejerce las funciones de control jerárquico en relación con los órganos de la Administración Pública (art. 226) y los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo controlan las actividades de los particulares, de acuerdo a la regulación legal de las mismas; el Consejo Nacional Electoral, en ejercicio del Poder Electoral, ejerce el control de las actividades de los órganos subordinados (art. 293), de las elecciones y de las organizaciones con fines políticos (art. 293); y el Tribunal Supremo de Justicia ejerce las función de control de constitucionalidad y legalidad de los actos del Estado (art. 259; 336).

Por tanto, la función de control como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos supervisan, vigilan y controlan las actividades de otros órganos del Estado o de los administrados, se ejerce por diversos órganos estatales en ejercicio del Poder Público: por los órganos que ejercen el Poder Ciudadano; por la Asamblea Nacional, en ejercicio del Poder legislativo; por el Tribunal Supremo de Justicia y los Tribunales de la República, en ejercicio del Poder Judicial; y por los órganos administrativos en ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional y del Poder Electoral. La función de control, por tanto, si bien es una “función propia” de los órganos que ejercen el Poder Ciudadano, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues todos los otros órganos estatales también la ejercen.

E. La función administrativa

Pero aparte de la función creadora de normas jurídicas de efectos generales (función normativa), de la función de conducción y ordenación política del Estado (función política), y de la función de resolución de controversias entre partes declarando el derecho aplicable en casos concretos (función jurisdiccional), y de ejercer la vigilancia o fiscalización de actividades estatales y de los particulares (función de control), el Estado ejerce la función administrativa, a través de la cual entra en relación con los particulares, como sujeto de derecho, gestor del interés público⁷⁵⁶. De allí la

⁷⁵⁶ Cfr., Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales...*, cit., p. 115. Si el Estado legisla, tal como lo señala Santi Romano, “no entra en relaciones de las cuales él, como legislador, sea parte: las relaciones que la ley establece o de cualquier modo contempla se desenvuelven después entre sujetos diversos del Estado o bien con el mismo Estado, pero no en su aspecto de legislador sino en otros aspectos mediante órganos diversos de los del Poder Legislativo”. V., “Prime Pagine di un Manuale de Diritto Amministrativo”, en *Scritti Minori*, Milano 1950, p. 363, cit., por J. M. Boquera Oliver, *Derecho Administrativo*, Vol. I, Madrid, 1972, p. 59. “Cuando el Estado juzga -señala J. González Pérez-, no es parte interesada en una relación jurídica; no es sujeto de derecho que trata de realizar sus peculiares intereses con arreglo al Derecho.. cuando el Estado juzga satisface las pretensiones que una parte esgrime frente a otra; incide como tercero en una relación

distinción entre la función de crear el derecho (función normativa), de aplicar el derecho imparcialmente (función jurisdiccional), y de actuar en relaciones jurídicas como sujeto de derecho, al gestionar el interés público (función administrativa)⁷⁵⁷.

En las dos primeras, el Estado, al crear el derecho o al aplicarlo, es un tercero en las relaciones jurídicas que surjan; en la última, en cambio, el Estado es parte de la relación jurídica que se establece entre la Administración y los particulares⁷⁵⁸, como sujeto de derecho gestor del interés público. De allí que la personalidad jurídica del Estado, como se ha dicho, se concretice en el orden interno, cuando sus órganos ejercen la función administrativa.

Ahora bien, al igual que lo que sucede con la función normativa, de gobierno y jurisdiccional, la función administrativa tampoco está atribuida con carácter de exclusividad a alguno de los órganos del Poder Público. Por ello, si bien la función administrativa puede considerarse como función propia de los órganos ejecutivos y electorales, concretizada básicamente a través de actos administrativos, ello no significa que la ejerzan con carácter exclusivo y excluyente. Al contrario, todos los otros órganos del Estado también ejercen la función administrativa: la Asamblea Nacional, al autorizar diversos actos de los órganos ejecutivos o al dictar actos relativos a su personal o servicios administrativos, realizan la función administrativa⁷⁵⁹, y los órganos que ejercen el Poder Judicial o el Poder Ciudadano realizan la función administrativa, al dictar actos concernientes a la administración del personal o de los servicios de los órganos, o al imponer sanciones⁷⁶⁰. En esta forma, la función administrativa, como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos, en ejercicio del Poder Público, entran en relaciones jurídicas con los administrados, se puede realizar por los órganos administrativos, en ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional y del Poder Electoral; por la Asamblea Nacional, en ejercicio del Poder Legislativo; y por los tribunales de la República, en ejercicio del Poder Judicial. La función administrativa, por tanto, si bien es una “función propia” de los órganos ejecutivos y electorales, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues los otros órganos estatales también la ejercen dentro del ámbito de sus respectivas competencias constitucionales y legales. El acto administrativo, como concreción típica pero no única del ejercicio de la función administrativa, puede emanar de todos los órganos estatales en ejercicio del Poder Público, teniendo en todo caso carácter sublegal.

jurídica, decidiendo la pretensión ante él deducida con arreglo al ordenamiento jurídico”. *V. Derecho Procesal Administrativo*, Tomo II, Madrid, 1966, p. 37.

757 En este sentido, antigua la Corte Suprema ha señalado al referirse a la función administrativa, que en ella el Estado “no realiza una función creadora dentro del ordenamiento jurídico, que es la función legislativa, ni conoce ni decide acerca de las pretensiones que una parte esgrime frente a otra, que es la función judicial; sino que es sujeto de derecho, titular de intereses, agente propio de la función administrativa”. *V.* sentencias de la CSJ en SPA de 18-7-63, en *GF* n° 41, 1963, pp. 116 y ss.; de 27-5-68, en *GF* n° 60, 1969, pp. 115 y ss.; de 9-7-69 en *GF* n° 65, 1969, pp. 70 y ss. En estas sentencias, sin embargo, como veremos, la Corte confunde la función estatal con el acto estatal.

758 *Cfr.*, sentencia de la CSJ en SPA de 13-3-67, en *GF* n° 55, 1968, p. 107.

759 *Cfr.*, de la CSJ en SPA de 18-7-63, en *GF* n° 41, 1963, pp. 116 y 117; y de 27-5-68, en *GF* n° 60, 1969, p. 115.

760 *Idem.* *V.* además, Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre la impugnación de los Actos de Registro en la vía contencioso-administrativa” en *Libro Homenaje a Joaquín Sánchez Coviza*, Caracas, 1975.

4. La ausencia de coincidencia de la separación orgánica de “poderes” (división del Poder Público) y la asignación de funciones estatales

En todo caso, a nivel de cada una de las cinco ramas del Poder Público nacional (o de las dos ramas de los poderes públicos estatales y municipales), si bien existe una diferenciación orgánica con la asignación de funciones propias a cada uno de los órganos, el ejercicio de las mismas por dichos órganos, en general no es exclusiva ni excluyente.

En otras palabras, existen órganos legislativos nacionales, estatales y municipales⁷⁶¹; órganos ejecutivos nacionales, estatales y municipales; órganos de control nacionales, estatales y municipales; y órganos judiciales y electorales exclusivamente nacionales; pero las funciones normativas, de gobierno, administrativas, jurisdiccionales y de control del Estado no coinciden exactamente con aquella división o separación orgánica:

En efecto, en cuanto a la aplicación del principio de la separación de poderes en el régimen constitucional venezolano, puede afirmarse que la “división del Poder” no coincide exactamente con la “separación de funciones”.⁷⁶² Por ello, no sólo en múltiples oportunidades los órganos del Estado, además de sus “funciones propias” ejercen funciones que por su naturaleza deberían corresponder a otros órganos, sino que también en múltiples oportunidades la Constitución permite y admite la intervención o interferencia de unos órganos en las funciones propias de otros. Estos dos aspectos de la situación de la separación de poderes en Venezuela, requieren, indudablemente, un tratamiento separado.

En primer lugar, la flexibilidad del principio de la separación de poderes resulta, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de que, “si bien cada uno de ellos tiene definida su propia esfera de acción: el Legislativo, para dictar la ley, reformarla y revocarla; el Ejecutivo, para ejecutarla y velar por su cumplimiento; y el judicial, para interpretarla, y darle aplicación en los conflictos surgidos, la demarcación de la línea divisoria entre ellos no es excluyente, ya que en muchos casos esos poderes ejercen funciones de naturaleza distinta de las que privativamente le están atribuidas”⁷⁶³. El principio, ciertamente, impide a unos órganos invadir las competencias propias de otros,⁷⁶⁴ pero no les impide ejercer funciones de naturaleza similar a las de otros órganos.

La antigua Corte Suprema, en este sentido, inclusive fue aún más clara y determinante al señalar que:

761 V., por ejemplo, Sentencia de la CSJ en SPA de 14-3-62 en *GF*, n° 35, 1962, pp. 177 y ss.

762 En tal sentido, expresamente se pronunció la antigua Corte Suprema en varias oportunidades. V., por ejemplo, la Sentencia de la CF de 19-6-53 en *GF* n° 1, 1953, p. 77; Sentencia de la CSJ en SPA de 18-7-63 en *GF* n° 41 1963 pp: 116 y 117; Sentencia de la CSJ en SPA de 27-5-63 en *GF*, n° 60, 1969, pp. 115 y ss.; y Sentencia de la CSJ en SPA de 9-7-69 en *GF*, n° 65, 1969, pp. 70 y ss.

763 V. Sentencia de la CF de 19-6-53 en *GF*, n° 1, 1953, p. 77. En otra sentencia, al referirse a las funciones estatales, la Corte las diferenció así: “No realiza una función creadora dentro del ordenamiento jurídico, que es la función legislativa, ni conoce ni decide acerca de las pretensiones que una parte esgrime frente a la otra, que es la función judicial; sino que es sujeto de derecho, titular de intereses, agente propio de la función administrativa”. V. Sentencia de 18-7-63 de la CSJ en SPA en *GF*, n° 41, 1963, p. 116.

764 *Cfr.* Sentencia de la CFC en CP de 26-5-51 en *GF*, n° 8, 1952, p. 114 y Sentencia de la CSJ en CP de 12-6-68 en publicación del Senado de la República, 1968, p. 201.

Lejos de ser absoluto el principio de la separación de los poderes, la doctrina reconoce y señala el carácter complementario de los diversos organismos a través de los cuales el Estado ejerce sus funciones; de suerte que unos y otros, según las atribuciones que respectivamente les señalan las leyes, realizan eventualmente actos de índole distinta a las que por su naturaleza les incumbe. La doctrina establece que la división de poderes no coincide plenamente con la separación de funciones, pues corrientemente se asignan al Poder Legislativo potestades típicamente administrativas y aun jurisdiccionales y al Poder judicial funciones administrativas, como en el caso del nombramiento de jueces que hace este mismo tribunal y de la firma de libros de comercio o de registro civil que hacen los jueces de instancia; y a la inversa, se atribuyen al Poder Ejecutivo, funciones legislativas como la reglamentación, parcial o total de las leyes, sin alterar su espíritu, propósito o razón, que es considerada como el ejemplo más típico de la actividad legislativa del Poder Ejecutivo, por mandato del numeral 10 del artículo 190 de la Constitución Nacional; toda vez que el Reglamento es norma jurídica de carácter general dictado por la Administración Pública para su aplicación a todos los sujetos de derecho y en todos los casos que caigan dentro de sus supuestos de hecho. En otros casos la autoridad administrativa imparte justicia, decide una controversia entre partes litigantes en forma similar a como lo hace la autoridad judicial.⁷⁶⁵

De acuerdo con esta doctrina, que compartimos, entonces, la separación de poderes ha de entenderse en el sistema venezolano, en primer lugar, como una separación orgánica entre los órganos de cada rama del Poder Público; y en segundo lugar, como una asignación de funciones propias a cada uno de dichos órganos; pero nunca como una separación de funciones atribuidas con carácter exclusivo a los diversos órganos. Al contrario, además de sus funciones propias, los órganos del Estado realizan funciones que por su naturaleza son semejantes a las funciones asignadas a otros órganos. En otras palabras, mediante este principio se reserva a ciertos órganos el ejercer una función en una forma determinada (funciones propias), lo que no excluye la posibilidad de que otros órganos ejerzan esa función en otra forma.

A. Funciones de la Asamblea Nacional

En efecto, la Asamblea Nacional tiene atribuida la función normativa y, en forma privativa, “legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional” (art. 187,1), así como la sanción de leyes actuando como cuerpo legislador (art. 203) así como la emisión de actos privativos de la misma (art. 187). Además, la Asamblea tiene atribuida la función de control parlamentario (art. 222).

Sin embargo, además del cumplimiento de la función normativa y de control, la Asamblea Nacional realizan funciones administrativas, por ejemplo, cuando impone sanciones a quienes infringen los reglamentos internos de la Asamblea, cuando organiza su servicio de seguridad interna o cuando ejecuta su presupuesto de gastos (art. 187, 21,22,23). Asimismo, la Asamblea Nacional ejerce funciones administrativas, cuando asigna o remueve su personal administrativo excluido de la aplicación

⁷⁶⁵ Esta doctrina fue establecida en Sentencia de la CSJ en SPA de 18-7-63 en *GF*, n° 41, 1963, pp. 116 y 117, y ratificados por la misma Corte y Sala en Sentencias de 27-5-68 en *GF* n° 60, 1969, pp. 115 a 118, y de 9-7-69 en *GF*, n° 65, 1969, pp. 70 a 74. Puede verse también en Allan R. Brewer-Carías, *Algunas Bases del Derecho Público... loc. cit.*, p. 144.

de la Ley del Estatuto de la Función Pública⁷⁶⁶ es decir, cuando realiza cualquier acto relativo a la administración de su personal. En estos casos, por supuesto, no podría verse violación alguna al principio de la separación de poderes, pues se trata de funciones de naturaleza distinta a las normativas y de control que el ordenamiento jurídico permite realizar, pues en ningún dispositivo se indica que la función administrativa corresponde exclusivamente a los órganos del Ejecutivo Nacional.

Al contrario, sí habría violación de principio y, por tanto, usurpación de funciones, cuando la Asamblea se atribuye por ley el ejercicio de funciones administrativas reservadas a los órganos del Poder Ejecutivo. Tal es el caso, por ejemplo, de las normas legales mediante las cuales el antiguo Congreso se atribuyó el nombramiento de funcionarios de órganos de la Administración Pública⁷⁶⁷ o se pretendía atribuir la autorización previa para que el Ejecutivo pudiera designar un funcionario público⁷⁶⁸. En estos supuestos, al atribuirse el antiguo Congreso a sí mismo, por sobre las normas constitucionales, la facultad de nombrar funcionarios públicos de los órganos del Poder Ejecutivo, usurpaba funciones propias de éstos, por lo que esas normas serían nulas por usurpación de funciones.

En la Constitución de 1999, en todo caso, la única intervención de la Asamblea en la designación de funcionarios de la Administración Pública, es la clásica autorización para el nombramiento del Procurador General de la República y los jefes de misiones diplomáticas (art. 187,14), y la previsión de la *Disposición Transitoria Decimoctava* de la Constitución, que dispone que la persona que habrá de dirigir la Superintendencia de Supervisión, Fiscalización y Control Antimonopolio debe ser designada por el voto de la mayoría de los diputados. Salvo estos casos, todo otro nombramiento o intervención legislativa en el nombramiento de funcionarios que ejercen el Poder Ejecutivo, constituiría una usurpación de funciones, lo que también ocurriría si la Asamblea Nacional pretendiera crear un órgano administrativo fuera del control de los órganos del Poder Ejecutivo⁷⁶⁹.

766 Art. 1,1 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, *Gaceta Oficial* n° 37.522 de 06-09-2002.

767 V. por ejemplo, el artículo 8 de la derogada Ley de Carrera Administrativa de 1971. Sobre la inconstitucionalidad de esta norma, véanse los comentarios que formulamos cuando la ley aún estaba en proyecto, en Allan R. Brewer-Carías, *El Estatuto del Funcionario Público en la Ley de Carrera Administrativa*, Caracas, 1971, p. 182.

768 Como al Director Nacional de Identificación del Ministerio de Relaciones Interiores. Sobre la inconstitucionalidad de esa norma en el Proyecto de Ley Orgánica de Identificación, V. la *Doctrina de la PGR 14-7-71* en *Doctrina PGR*, 1971, Caracas, 1972, p. 296.

769 Como lo pretendió el antiguo Congreso en el Proyecto de Ley Orgánica de Identificación en 1971. Sobre la inconstitucionalidad de esa norma, la Procuraduría General de la República expresó lo siguiente: "El proyecto de Ley Orgánica de Identificación crea órganos que, por sus funciones, son evidentemente administrativos y, sin embargo, los sustrae de la competencia del poder administrador y les da "autonomía funcional y administrativa" (en forma parecida al tratamiento constitucional de la Contraloría General de la República, artículo 236 de la Constitución), usurpando así las funciones del poder constituyente. Es necesario recalcar que el ordenamiento constitucional venezolano distribuye el poder público -a nivel nacional- en las tres ramas tradicionales, de cuya jerarquía sólo excluye a determinados y precisos entes públicos. Estos son solamente: en la rama judicial: la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de la judicatura y el Ministerio Público; en la rama legislativa: la Contraloría General de la República; y en la rama ejecutiva: la Procuraduría General de la República y los institutos autónomos. Toda otra institución tiene que quedar incorporada -según su naturaleza y fines- a una de las tres grandes ramas del poder público o a la figura del instituto autónomo (que es también de la rama ejecutiva). Es inconcebible la creación de órganos jurisdiccionales que estén fuera del poder judicial, y de órganos legislativos distintos del Congreso; pero también es inusitada la institución de órganos administra-

En todo caso, el problema de la usurpación de funciones administrativas por los órganos del Poder Legislativo fue resuelto acertadamente por la antigua Corte Suprema de justicia, al declarar la nulidad por inconstitucionalidad de varias leyes estatales, mediante las cuales algunas Asambleas Legislativas pretendieron intervenir en la designación de funcionarios de los Ejecutivos estatales o pretendieron crear órganos administrativos fuera del control de los Ejecutivos estatales.⁷⁷⁰ La argumentación de dichos fallos sería perfectamente aplicable a todos aquellos supuestos similares que se han producido o se produzcan a nivel nacional, y se utilizó en relación a las Ordenanzas del antiguo Concejo Municipal del Distrito Federal que incurrió en usurpaciones similares de las facultades administrativas del antiguo Gobernador de dicho Distrito.⁷⁷¹

B. Funciones del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales

Pero volviendo al argumento central sobre el alcance de la separación de poderes, los órganos del Poder Judicial, como se ha dicho, ejercen como función propia la función jurisdiccional (art. 253); pero también pueden ejercer funciones administrativas y de control.

En efecto, el Tribunal Supremo de Justicia y los Tribunales de la República tienen atribuida la función jurisdiccional y de control judicial, y en forma privativa, la adopción de decisiones mediante procesos (art. 257) acerca de pretensiones procesales de una parte frente a otra, de nulidad de actos del poder público o de condena de carácter penal, con fuerza de cosa juzgada jurisdiccionalmente, en forma autónoma e independiente de los demás órganos que ejercen el Poder Público (art. 254). Sin embargo, además del cumplimiento de la función jurisdiccional y de control, el Tribunal Supremo realiza funciones administrativas, por ejemplo, cuando gobierna y administra el Poder Judicial a través de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (art. 267), o al imponer sanciones administrativas o disciplinarias⁷⁷²; y funciones

tivos colocados fuera de la jerarquía del poder ejecutivo". V. en *Doctrina PGR*, 1972, Caracas, 1973, p. 388. V. lo indicado en la Nota n° 138 del párrafo 5.

770 Particularmente, ver la Sentencia de la CSJ en SPA de 14-3-62 en *GF*, n° 35, 1962, pp. 177 y ss., por la cual la Corte declaró inconstitucionales los artículos de la Constitución del Estado Aragua que atribuía a la Asamblea Legislativa la destitución de los Secretarios del Ejecutivo del Estado en algunos casos específicos, por violación del artículo 23, ord. 2, de la Constitución, y del principio de la separación de poderes. En tal sentido, la Corte señaló: "La Constitución de la República al señalar atribuciones básicas de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de los Estados, ha querido mantener la separación propia y tradicional en las privativas funciones de cada uno, a fin de evitar interferencias que impidan su libre desenvolvimiento en las correspondientes esferas de actuación". Decisiones similares fueron adoptadas por la antigua Corte Suprema en otros fallos, y particularmente en los siguientes: CFC en SPA de 20-10-41 en M. 1942, p. 290; y CSJ en SPA de 14-3-62 en *GF*, n° 35, 1962, pp. 117 y ss.; de 30-7-63 en *GF*, n° 41, 1963, pp. 156 y 157; de 27-3-67 en *GF*, n° 55, 1968, pp. 184 y 185, y de 30-6-66 en *GF*, n° 52, 1968, pp. 231 y ss. En igual sentido, la doctrina de la Procuraduría General de la República es también constante: V., en particular, *Doctrina PGR*, 1965, Caracas, 1966, pp. 126 y ss. y 187 y ss.; *Doctrina PGR*, 1970, Caracas, 1971, pp. 141 y ss. y 271 y ss.; *Doctrina PGR*, 1971, Caracas 1972, pp. 281, y ss., 295 y 296; y *Doctrina PGR*, 1972, Caracas, 1973, pp. 387 y 388.

771 En particular, ver las Sentencias de la CFC en SPA de 10-8-38 en *Memoria* 1939, p. 269; de 10-2-43 en *Memoria* 1944, pp. 124 a 127; y de 11-2-42 en *Memoria* 1943, pp. 113 y 114. V., además, las referencias en Allan R. Brewer-Carías, *El Régimen de Gobierno Municipal...*, cit., pp. 57 y ss.

772 Se incluirían en estos supuestos los actos de la llamada, jurisdicción voluntaria. V. Sentencia de la CSJ en SPA de 18-7-63 en *GF*, n° 41, 1962, pp. 116 y 117, citada anteriormente en el texto.

normativas al dictar los reglamentos de organización y funcionamiento de los tribunales. En ninguno de estos casos podría verse usurpación alguna o violación del principio de la separación de poderes, pues no hay norma alguna de orden constitucional que reserve con exclusividad el ejercicio de las funciones normativas, de control y administrativa a algún órgano en ejercicio del Poder Público.

C. Funciones de los órganos que ejercen el Poder Ciudadano

Por otra parte, los órganos que ejercen el Poder Ciudadano, como se ha dicho, ejercen como función propia, la función de control, es decir de vigilancia, fiscalización e inspección de las actividades de otros órganos del Estado o de los administrados. Así, el Consejo Moral Republicano entre otras, tiene entre sus funciones propias la de prevenir, investigar y sancionar hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (art. 274); la de Defensoría del Pueblo, tiene entre sus funciones propias, la de velar por el efectivo respeto de los derechos humanos, los derechos de los pueblos indígenas y por el correcto funcionamiento de los servicios públicos (art. 281,1,2,8,9); el Ministerio Público, tiene entre otras funciones propias la de garantizar el respeto de los derechos humanos en los procesos judiciales y la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, así como la de ordenar y dirigir las investigaciones penales (art. 285.1,2,3); y la Contraloría General de la República, entre sus funciones propias tiene las de ejercer el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, de controlar la deuda pública, inspeccionar y fiscalizar a los órganos del sector público y ejercer el control de gestión (art. 289,1,2,3,5).

Pero además de funciones de control, dichos órganos del Poder Ciudadano también ejercen funciones administrativas cuando entran en relación jurídica con los funcionarios públicos, como sujetos de derecho, y con los particulares; así como funciones normativas, en virtud del poder reglamentario que se les ha otorgado legalmente como consecuencia de la autonomía funcional de la que gozan constitucionalmente.

D. Funciones de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo

Los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, por otra parte, además de ejercer las funciones administrativas y de gobierno como funciones propias, ejercen las otras funciones del Estado. Por tanto, así como los órganos legislativos, judiciales, electorales o del Poder Ciudadano ejercen funciones administrativas, así también los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo realizan funciones normativas, jurisdiccionales y de control.

En efecto, el Presidente de la República, además de las funciones ejecutivas propias (funciones de gobierno y funciones administrativas), realiza funciones normativas, sea con rango y valor de ley (decretos leyes delegados o habilitados) (art. 203 y 236,8), y de rango sub-legal al dictar los reglamentos los cuales, sin duda, contienen normas de carácter general que integran el ordenamiento jurídico (art. 236, 10). Asimismo, los órganos ejecutivos también realizan funciones jurisdiccionales aun

cuando no de carácter judicial⁷⁷³. Dentro de estas funciones jurisdiccionales se incluiría, por ejemplo, tal como hizo en su momento la antigua Corte Suprema, en varias de sus decisiones, las que adoptaban los Inspectores del Trabajo de conformidad con la Ley del Trabajo, siguiendo un procedimiento contencioso de promoción y evacuación de pruebas, sometido a lapsos allí mismos previstos.⁷⁷⁴ Sin embargo, en relación al planteamiento de estas decisiones de la antigua Corte debemos observar que si bien coincidimos en la apreciación del carácter jurisdiccional (no judicial) de la función ejercida al dictarse dichos actos⁷⁷⁵, en su momento discrepamos con la conclusión que resultaba de excluir dichos fallos del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa por considerar que no se trata de “actos administrativos”.⁷⁷⁶ Ello, por supuesto, fue superado, pero atribuyéndose la competencia para resolver sobre la nulidad de dichos actos a los propios tribunales laborales, en un “contencioso administrativo laboral”. En todo caso, a partir de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, n° 2862 de 20 de noviembre de 2002 (Caso: *Recurso de revisión de sentencia n° 147 de la Sala Político Administrativa*), quedó resuelta la incongruencia, al resolverse que la competencia para conocer de la nulidad de los actos administrativos de los inspectores del trabajo, corresponde a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa⁷⁷⁷.

E. Funciones de los órganos que ejercen el Poder Electoral: el Consejo Nacional Electoral

Los órganos que ejercen el Poder Electoral, como se ha dicho, ejercen como función propia la función administrativa a los efectos de garantizar la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales (Art.293); pero también pueden ejercer funciones normativas y de control.

En efecto, el Consejo Nacional Electoral tiene atribuida la función normativa, cuando la Constitución le atribuye la función de “reglamentar las leyes electorales y

773 La función jurisdiccional judicial sería en realidad la función jurisdiccional reservada a los órganos del Poder judicial. En este sentido es que debe interpretarse la expresión de la Corte Federal en sus Sentencias de 23-7-57 en *GF*, n° 17, 1957, p. 32 *cit.* también en Allan R. Brewer-Carías, “Algunas Bases del Derecho Público...”, *loc. cit.*, pp. 143 y 144, cuando expresa que “no puede admitirse que establecido por el Derecho Público venezolano el principio de la separación de los poderes, pueda el Ejecutivo ejercer la función jurisdiccional”. Sobre el carácter jurisdiccional de ciertos actos de los órganos ejecutivos, *V. la Doctrina de la PGR* de á-10-63 en *Doctrina PGR*, 1963, Caracas, 196, p. 206.

774 *V.* Sentencias de la CSJ en SPA de 18-7-63 en *GF*, n° 41, 1963. pp. 116 y 117; de 27-5-68 en *GF*, n° 60, 1969, pp. 115 y 118; y de 9-7-69 en *GF*, n° 65, 1969, pp. 70 a 74.

775 Por supuesto, como lo expresamos en nuestro libro *Derecho Administrativo*, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1975, nos hemos apartado en cierta forma de lo que expresamos en nuestro libro *Las Instituciones Fundamentales...*, *cit.*, p. 106 en el sentido de que la función jurisdiccional estaba reservada en forma exclusiva al Poder Judicial.

776 *V.* Allan R. Brewer-Carías, “Estudio sobre la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de los actos administrativos de registro”, en *Libro en Homenaje a Joaquín Sánchez Coviza*, Caracas 1975. *Cfr.* Luis H. Fariás Mata, “La Doctrina de los Actos Excluidos de la Jurisprudencia del Supremo Tribunal”, en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. I, 1968-1969, Caracas, 1971, p. 334.

777 *V.* en *Revista de Derecho Público*, n° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 298 y ss.

resolver las dudas y vacíos que éstas contengan” (art. 293,1). Además, al Consejo Nacional Electoral se le ha asignado la función de control, por ejemplo, de todos los actos relativos a la elección de cargos de representación popular y de los referendos; de la realización de las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos (partidos políticos); de la supervisión del Registro Civil y Electoral y de los fondos de financiamiento de las organizaciones con fines políticos (art. 293,5,6,9).

5. El principio del carácter interfuncional de los actos estatales: La distinción entre las funciones y actos estatales

De lo antes expuesto sobre el principio del carácter inter orgánico del ejercicio de las funciones estatales, resulta que la separación orgánica de poderes no coincide con la distribución de funciones.

Pero en el ordenamiento jurídico venezolano, tampoco el ejercicio de una función del Estado por determinado órgano del mismo, conduce necesariamente a la emisión de determinados órganos estatales, es decir, tampoco hay coincidencia entre las funciones del Estado y los actos jurídicos que emanan de la voluntad estatal⁷⁷⁸. Ello conlleva al sexto de los principios fundamentales del derecho público venezolano conforme a la Constitución de 1999, que es el del carácter interfuncional de los actos estatales.

En efecto, de lo expuesto anteriormente resulta que la función normativa la ejerce el Estado en Venezuela a través de sus órganos legislativos (Asamblea Nacional), de sus órganos ejecutivos (Presidente de la República), o de sus órganos judiciales (Tribunales), de los órganos del Poder Ciudadano (Consejo Moral Republicano, Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Contraloría General de la República) y de los órganos electorales (Consejo Nacional Electoral).

En cuanto a la función política, la ejerce el Estado a través de sus órganos legislativos (Asamblea Nacional y de sus órganos ejecutivos (Presidente de la República).

La función jurisdiccional la ejerce el Estado a través de sus órganos judiciales (Tribunal Supremo de Justicia), de sus órganos ejecutivos (Administración Pública) y de sus órganos electorales (Consejo Nacional Electoral).

La función de control la ejerce el Estado en Venezuela a través de sus órganos legislativos (Asamblea Nacional), de sus órganos ejecutivos (Administración Pública), de sus órganos judiciales (Tribunales), de sus órganos de control (Consejo Moral

⁷⁷⁸ La distinción entre funciones del Estado que la doctrina ha realizado, muchas veces se confunde al querer identificar un tipo de acto jurídico estatal con la función ejercida por el Estado. V. Agustín Gordillo, *Introducción al Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1966, pp. 91 y ss. Nosotros mismos hemos incurrido en esta confusión: V. Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, pp. 108 y ss. En igual confusión incurre la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema. V. sentencias de la CSJ en SPA de 18-7-63, en *GF* n° 41, 1963, pp. 116 y ss.; de 27-5-68, en *GF* n° 60, 1969, pp. 115 y ss.; y de 9-7-69, en *GF* n° 65, 1969, pp. 70 y ss. Asimismo, en Venezuela, a pesar de su intento de “distinguir” actividad de función, Gonzalo Pérez Luciani incurre en igual confusión al afirmar que “la actividad que tomada globalmente sea relevante jurídicamente se puede decir que es una función”, en “Actos administrativos que en Venezuela escapan al Recurso Contencioso-Administrativo”, *RFD*, UCAB, n° 6, Caracas, 1967-1968, p. 196.

Republicano, Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Contraloría General de la República) y de sus órganos electorales (Consejo Nacional Electoral).

Y la función administrativa la ejerce el Estado a través de sus órganos ejecutivos (Administración Pública), de sus órganos electorales (Consejo Nacional Electoral), de sus órganos legislativos (Asamblea Nacional), de sus órganos judiciales (Tribunal Supremo de Justicia) y de sus órganos de control (Consejo Moral Republicano, Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Contraloría General de la República)

Consecuencialmente, de lo anterior no puede deducirse que todo acto realizado en ejercicio de la función normativa, sea un acto legislativo; que todo acto realizado en ejercicio de la función política, sea un acto de gobierno; que todo acto realizado en ejercicio de la función jurisdiccional, sea un acto judicial; que todo acto realizado en ejercicio de la función de control sea un acto administrativo o que todo acto realizado en ejercicio de la función administrativa, sea también un acto administrativo.

Al contrario, así como los diversos órganos del Estado realizan diversas funciones, los actos cumplidos en ejercicio de las mismas no son siempre los mismos ni tienen por qué serlo.

6. Los diversos actos estatales

En efecto, tal como hemos señalado, la Asamblea Nacional en ejercicio del Poder Legislativo puede ejercer funciones normativas, de gobierno, jurisdiccionales, de control y administrativas, pero los actos que emanan de la misma al ejercer dichas funciones no son, necesariamente, ni uniformes ni correlativos.

Cuando la Asamblea Nacional ejerce la función normativa, es decir, crea normas jurídicas de carácter general actuando como cuerpo legislador, dicta *leyes* (art. 203), pero cuando lo hace en otra forma distinta, por ejemplo, al dictar sus reglamentos internos, ello lo hace a través de *actos parlamentarios sin forma de ley* (art. 187,19). Ambos son actos legislativos, pero de distinto valor normativo.

Cuando la Asamblea Nacional ejerce la función política, es decir, intervienen en la formulación de las políticas nacionales, lo hacen a través de *leyes* (art. 303) o a través de *actos parlamentarios sin forma de ley* (art. 187,10).

En el caso de la participación en el ejercicio de la función jurisdiccional, al autorizar el enjuiciamiento del Presidente de la República, la Asamblea Nacional concretiza su acción a través de un *acto parlamentario sin forma de ley* (266,2).

Pero cuando la Asamblea Nacional ejerce sus funciones de control al Gobierno y a la Administración Pública también dicta *actos parlamentarios sin forma de ley* (art. 187,3).

Por último, en cuanto al ejercicio de la función administrativa por la Asamblea Nacional, ella puede concretarse en *leyes* (187,9)⁷⁷⁹, *actos parlamentarios sin forma de ley* (art. 187,12) o *actos administrativos* (art. 187,22).

Por su parte, cuando los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, particularmente el Presidente de la República, realizan la función normativa, ésta se concretiza en

⁷⁷⁹ En el pasado, por ejemplo, eran las leyes aprobatorias de contratos estatales conforme al artículo 126 de la Constitución de 1961.

decretos-leyes y reglamentos (actos administrativos de efectos generales) (Art. 236,10; 266,5).

En el caso de los *decretos-leyes*, estos pueden ser *decretos leyes* delegados dictados en virtud de una habilitación legislativa (art. 203; 236,8); *decretos leyes* de organización ministerial (art. 236,20) y *decretos leyes* de estados de excepción (art. 236,7). En todos estos casos de decretos leyes, si bien todos son objeto de regulaciones legislativas que los condicionan (leyes habilitantes o leyes orgánicas) autorizadas en la Constitución; los mismos tienen rango y valor de ley.

Pero el Presidente de la República también realiza la función política, al dictar *actos de gobierno*, que son actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (art. 236, 2, 4, 5,6, 19, 21). En particular, en este caso, dichos actos de gobierno se caracterizan frente a los actos administrativos por dos elementos combinados: en primer lugar, porque el acto de gobierno sólo puede ser realizado por el Presidente de la República, como jefe del Estado, “en cuya condición dirige la acción de Gobierno” (art.226); y en segundo lugar, porque se trata de actos dictados en ejecución de atribuciones establecidas directamente en la Constitución, sin posibilidad de condicionamiento legislativo, y que, por tanto, tienen el mismo rango que las leyes.

En todo caso, para distinguir el acto legislativo del acto de gobierno y del acto administrativo no sólo debe utilizarse el criterio orgánico, sino también el criterio formal: el acto de gobierno, aun cuando realizado en ejecución directa de la Constitución, está reservado al Presidente de la República, en tanto que el acto legislativo, realizado también en ejecución directa de la Constitución⁷⁸⁰, en principio está reservado a la Asamblea Nacional; aún cuando ésta pueda delegar la potestad normativa con rango de ley en el Presidente de la República mediante una ley habilitante (art. 203), en cuyo caso el acto dictado por el Presidente mediante decretos leyes habilitados (art. 236,8) es un acto legislativo, aún cuando delegado. En esta forma, el criterio orgánico distingue el acto de gobierno del acto legislativo, y ambos se distinguen del acto administrativo mediante el criterio formal: tanto el acto de gobierno como el acto legislativo (el dictado por la Asamblea Nacional como el dictado por delegación por el Presidente de la República) se realizan en ejecución directa de competencias constitucionales, en tanto que el acto administrativo siempre es de rango sublegal, es decir, sometido a la ley y realizado en ejecución de la ley, y por tanto, en ejecución mediata e indirecta de la Constitución.

Es decir, los actos de gobierno se distinguen de los actos administrativos realizados por los órganos ejecutivos, en que estos se realizan a todos los niveles de la Administración Pública y siempre tienen rango sublegal, es decir, se dictan por los órganos ejecutivos en ejecución de atribuciones directamente establecidas en la legislación, y sólo en ejecución indirecta y mediata de la Constitución⁷⁸¹.

780 La Asamblea Nacional realiza su actividad legislativa en cumplimiento de atribuciones directamente establecidas en la Constitución (Art. 187,I; 203). En el solo caso de las leyes especiales que han de someterse a las leyes orgánicas preexistentes (Art. 203) podría decirse que hay condicionamiento legislativo de la propia actividad legislativa. En igual sentido, los decretos-leyes dictados por el Presidente de la República en ejercicio de la función normativa, están condicionados por la ley habilitante o de delegación (Art. 236,8).

781 En este sentido es que podría decirse que la actividad administrativa se reduce a ejecución de la ley.

Este es el criterio formal, derivado de la teoría merkeliana de construcción escalonada del orden jurídico⁷⁸², para la identificación de la administración, la cual ha sido acogida en la Constitución al reservarse al control de la Jurisdicción Constitucional, los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (art. 336,2), con lo que los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación y mediata e indirecta de la Constitución (actos administrativos) caen entonces bajo el control de la Jurisdicción contencioso administrativa (art. 259) y de la Jurisdicción contencioso electoral (art. 297).

Pero además, en los casos de ejercicio de la función jurisdiccional, de la función de control y de la función administrativa, los órganos ejecutivos dictan, por ejemplo, *actos administrativos* (art. 259; 266,5).

En cuanto a los órganos que ejercen el Poder judicial, cuando por ejemplo el Tribunal Supremo de Justicia ejerce la función normativa, dicta reglamentos (actos administrativos de efectos generales),⁷⁸³ cuando ejerce la función administrativa y la función de control sobre el Poder Judicial (art. 267), dictan *actos administrativos*; y cuando ejerce la función jurisdiccional, dictan *actos judiciales (sentencias)* (art. 266, 336).

El acto judicial, por su parte, también se distingue del acto de gobierno y del acto legislativo con base en los dos criterios señalados: desde el punto de vista orgánico, porque el acto judicial está reservado a los Tribunales de la República, en tanto que el acto legislativo está reservado a la Asamblea Nacional, la cual puede delegarlo en el Presidente de la República (leyes habilitantes) y el acto de gobierno está reservada al Presidente de la República⁷⁸⁴; y desde el punto de vista formal, porque al igual que el acto administrativo, el acto judicial es de rango sublegal, es decir, sometido a la ley y realizado en ejecución de la ley.

Por último, en cuanto a la distinción entre el acto administrativo y el acto judicial, si bien no puede utilizarse el criterio formal de su gradación en el ordenamiento jurídico ya que ambos son dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación y en ejecución indirecta y mediata de la Constitución, sí se distinguen con base al criterio orgánico y al otro criterio formal. Desde el punto de vista orgánico, el acto judicial está reservado a los tribunales, con carácter de exclusividad, ya que sólo éstos pueden dictar sentencias; y desde el punto de vista formal, la declaración de lo que es derecho en un caso concreto que realizan los órganos judiciales, se hace mediante un acto que tiene fuerza de verdad legal, que sólo las sentencias poseen.

782 Adolf Merkl, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, 1935, p. 13. Cfr., Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, México, 1957, p. 510, y *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, 1974, pp. 135 y ss. V. algunas de las referencias en Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, pp. 24 y ss.

783 Los reglamentos establecidos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, Art. 6, Párrafo 1,10,12.

784 Puede decirse, entonces, que la separación orgánica de poderes tiene plena concordancia con la división orgánica de las actividades de gobierno (reservada al Presidente de la República), legislativas (reservadas a la Asamblea Nacional, la cual puede delegarla en el ejecutivo Nacional) y judiciales (reservada a los Tribunales). Por supuesto, la coincidencia de actividades específicas con órganos estatales determinados concluye allí, pues la actividad administrativa, al contrario, no está reservada a ningún órgano estatal específico, sino que se realiza por todos ellos.

Por su parte, cuando los órganos que ejercen el Poder Ciudadano realizan la función de control (art. 274; 281; 289), la función normativa y la función administrativa, la misma se concreta en *actos administrativos de efectos generales (reglamentos) o de efectos particulares* (art. 259; 266,5).

Igualmente, cuando los órganos que ejercen el Poder Electoral realizan la función normativa (art. 293,1), dictan *actos administrativos de efectos generales (reglamentos)* (art. 293,1); y cuando realizan la función administrativa (art. 293,3) y de control (art. 293,9), la misma se concreta en *actos administrativos* (art. 259; 266,5).

En esta forma, el ejercicio de la función normativa se puede manifestar, variablemente, a través de leyes, actos parlamentarios sin forma de ley, decretos-leyes y reglamentos (actos administrativos de efectos generales); el ejercicio de la función política, a través de actos de gobierno, leyes y actos parlamentarios sin forma de ley; el ejercicio de la función jurisdiccional, a través de actos parlamentarios sin forma de ley, actos administrativos y sentencias; el ejercicio de la función de control, a través de leyes, actos parlamentarios sin forma de ley, actos administrativos y sentencias; y el ejercicio de la función administrativa, a través de leyes, actos parlamentarios sin forma de ley y actos administrativos.

En sentido inverso, puede decirse que las leyes sólo emanan de la Asamblea Nacional actuando no sólo en ejercicio de la función normativa, sino de la función política, de la función de control y de la función administrativa; que los actos de gobierno emanan del Presidente de la República, actuando en ejercicio de la función política; que los decretos-leyes emanan también del Presidente en ejercicio de la función normativa; que los actos parlamentarios sin forma de ley sólo emanan de la Asamblea Nacional, actuando en ejercicio de las funciones normativas, de gobierno, de control y administrativa; y que los actos judiciales (sentencias) sólo emanan de los tribunales, actuando en ejercicio de la función jurisdiccional. En todos estos casos, el tipo de acto se dicta exclusivamente por un órgano estatal, pero en ejercicio de variadas funciones estatales. Lo privativo y exclusivo de los órganos estatales en esos casos, no es el ejercicio de una determinada función, sino la posibilidad de dictar determinados actos: las leyes y los actos parlamentarios sin forma de ley por la Asamblea nacional; los actos de gobierno por el Presidente de la República; y los actos judiciales (sentencias) por los tribunales.

En cuanto a los actos administrativos, éstos pueden emanar de la Asamblea Nacional, actuando en función administrativa y en función de control; de los tribunales, actuando en función normativa, en función de control y en función administrativa; de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo (Administración Pública Central) cuando actúan, en función normativa, en función jurisdiccional, en función de control y en función administrativa; de los órganos que ejercen el Poder Ciudadano actuando en función normativa, en función de control y en función administrativa; y de los órganos que ejercen el Poder Electoral actuando también en función normativa, en función de control y en función administrativa.

Los actos administrativos en esta forma, y contrariamente a lo que sucede con las leyes, con los actos parlamentarios sin forma de ley, con los decretos-leyes, con los actos de gobierno y con las sentencias judiciales, no están reservados a determinados órganos del Estado, sino que pueden ser dictados por todos ellos y no sólo en ejercicio de la función administrativa.

Por tanto, para identificar al acto administrativo no puede adoptarse un criterio orgánico, en virtud de la no coincidencia de la separación orgánica de poderes (división del Poder Público) con la distribución de funciones. Por ello, si bien es cierto que las leyes emanan solamente de la Asamblea Nacional, que los decretos leyes delegados (con fuerza y valor de ley) y los actos de gobierno emanan solamente del Presidente de la República, y que las sentencias judiciales emanan solamente de los tribunales, eso mismo no se puede decir de los actos administrativos, que emanan de todos los órganos del Estado.

La definición de las funciones del Estado, por tanto, ha de ser una definición material que se deriva de la naturaleza de la actividad estatal y no del órgano del cual emana o de su forma,⁷⁸⁵ y para llegar a dicha caracterización material resulta indispensable, tal como se ha señalado anteriormente, no confundir la función misma con el acto que emana de su ejercicio⁷⁸⁶, es decir, la naturaleza de la actividad estatal (función) con el resultado de su ejercicio (actos jurídicos).

V. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA PRESIDENCIAL DE GOBIERNO: LA ASAMBLEA NACIONAL (PODER LEGISLATIVO) Y LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (PODER EJECUTIVO)

El sistema de gobierno que regula la Constitución de 1999, en el marco de la penta división del poder Público, es un sistema presidencial de gobierno, que se caracteriza fundamentalmente porque el Presidente de la República es, a la vez, Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, cuya acción dirige.

Es electo popularmente, al igual que lo son los integrantes de la Asamblea Nacional, siendo éste un órgano representativo unicameral.

En este sistema de gobierno presidencial en el marco de una penta división del Poder Público, la Asamblea Nacional es la que tiene la competencia para designar y remover a los titulares de los otros órganos del Poder Público, Poder Judicial (Tribunal Supremo de Justicia), Poder Ciudadano (Contralor General de la República,

785 Cfr., Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales*, cit., pp. 109 y ss. En sentido coincidente fue tradicional la doctrina de la Corte Suprema: en 1951 señaló que “no son los nombres o denominaciones, sino su naturaleza o contenido lo que da a los actos, tanto de los funcionarios como de los particulares, su verdadero carácter, su significación o su fisonomía propia”. (V. sentencia de la CFC en CP de 4-4-51, en *GF* n° 7, 1952, p. 17); en 1952, expresó que “los actos administrativos como los judiciales, fiscales lo son por su naturaleza, por la cuestión que en ellos se ventila, y no cambia ese carácter ni suspende ni restringe la facultad del funcionario a quien la ley le da competencia para conocer y decidir, la circunstancia de que otra autoridad conozca de asunto semejante y aun conexo con aquél” (sentencia de la CFC en CP de 30-10-52, en *GF* n° 12, p. 18); y en 1963 insistió en que “prevalece en la doctrina el criterio de que, tratándose de actos del Poder Público, 09 la condición de acto administrativo no deriva, necesariamente, de la índole del organismo o funcionario que lo realiza, sino de la función o facultad que éste ejerce al realizarlo” (sentencia de la CSJ en SPA de 18-7-63, en *GF* n° 41 1963, pp. 116 y ss.). Contra la definición material protesta en Venezuela, L.H. Farías Mata al proclamar, siguiendo a F. Garrido Falla, un criterio orgánico. V. en “Procedimientos para la fijación de cánones de arrendamiento en el Derecho Venezolano”, *Studia jurídica*, n° 13, Caracas 1971, pp. 423 y ss. V. la referencia en Nota n° 12 del parágrafo 16.

786 En esta forma, como lo hemos señalado desde 1975 en nuestro *Derecho Administrativo*, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1975, nos hemos apartado parcialmente del intento que hicimos de definir la función administrativa a través de la naturaleza de los actos administrativos. V. Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales...*, cit., p. 109.

Fiscal General de la República, Defensor del Pueblo) y Poder Electoral (Consejo Nacional Electoral).

El sistema presidencial está basado en un sistema de interrelaciones, controles e interferencias entre los Poderes legislativo y Ejecutivo, que lo conforman como un sistema presidencial con sujeción parlamentaria.

1. El régimen de la Asamblea Nacional

A. La organización unicameral

El Poder Legislativo Nacional se ejerce por la Asamblea Nacional como cuerpo unicameral⁷⁸⁷. El Capítulo I del Título V de la Constitución de 1999 cambia así, radicalmente, la tradición bicameral que caracterizaba a los órganos del Poder Legislativo Nacional desde 1811, y establece una sola Cámara Legislativa lo que, por lo demás, es contradictorio con la forma federal del Estado, pues solo en una Cámara Federal o Senado, es que en realidad tiene sentido la disposición del artículo 159 C que declara a los Estados como entidades políticas *iguales*.

Esa igualdad proclamada constitucionalmente sólo puede ser garantizada en una Cámara Federal, donde haya igual representación de cada uno de los Estados, independientemente de su población, para participar igualmente en la definición de las políticas nacionales.

Con la eliminación del Senado y el establecimiento de una Asamblea Nacional Unicameral, en esta forma, se establece una contradicción institucional entre el Federalismo y la descentralización política⁷⁸⁸.

La Sala Electoral del Tribunal Supremo ha destacado esta innovación constitucional, al señalar en su sentencia nº 17 de 14-3-2000, lo siguiente:

Debe observarse que con la entrada en vigencia del nuevo texto fundamental se modificó sustancialmente el régimen institucional de los Poderes Públicos del Estado, y en tal sentido, entre otras modificaciones, se creó la Asamblea Nacional en sustitución al Congreso de la República, al establecer en el Título V denominado de la Organización del Poder Público Nacional, Capítulo 1, del Poder Legislativo, en las Disposiciones Generales contenidas en la Sección Primera, artículo 186...

La norma transcrita es parte de esa nueva configuración que informa el ordenamiento constitucional y las instituciones políticas de la República y, regula, en específico, lo referente a la constitución y sistema de elección de los miembros de dicha Asamblea Nacional.

787 V. en general, sobre el Poder Legislativo, V. Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia, 2002, pp. 351 y ss.; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 135 y ss.; e Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 177 y ss.

788 V. nuestro voto salvado sobre este tema en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, (*Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente*), Tomo III, (18 octubre-30 noviembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 196 a 198. V. en general, María M. Matheus Inciarte y María Elena Romero Ríos, "Estado Federal y unicameralidad en el nuevo orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela", en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 637-676.

Ella configura un sistema de organización legislativo, unicameral, que supone la reducción de su estructura a la integración de un menor número de miembros, así como a la necesidad de optimizar la eficiencia en el proceso de formación de las leyes respecto a la existente en el sistema anterior (Parlamento Bicameral)⁷⁸⁹.

B. Composición y duración

De acuerdo con el artículo 186 de la Constitución, la Asamblea Nacional está integrada por diputados elegidos en cada entidad federal, es decir, en los Estados y en el Distrito Capital por votación universal, directa, personalizada y secreta con representación proporcional, según una base poblacional del 1,1% de la población total del país.

Cada entidad federal tiene derecho a elegir, además, tres diputados adicionales a los antes señalados.

Los pueblos indígenas de la República tienen derecho a elegir tres diputados de acuerdo con lo establecido en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres (art. 125).

En todo caso, cada diputado tendrá un suplente escogido en el mismo proceso.

En cuanto al período constitucional de los diputados y, por tanto, de la Asamblea, el artículo 192 dispone que durarán 5 años en el ejercicio de sus funciones, pudiendo ser reelegidos por dos períodos consecutivos como máximo.

En todo caso, debe observarse que la nueva Constitución eliminó, por tanto, la figura de los “diputados adicionales” que admitía la Ley Orgánica del Sufragio, respecto de lo cual, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en la citada sentencia n° 17 del 14 de marzo de 2000, indicó que es el propio artículo 136 el que establece los elementos integradores del Poder Legislativo Nacional, “a saber: a) Representantes de las entidades federales (3 Diputados por cada Estado), b) Representantes por cada Estado en un número determinado por la base poblacional (1,1% y, c) Representantes de los pueblos indígenas (3 Diputados)”; agregando:

Lo dispuesto en el artículo 186 permite concluir a esta Sala, en su labor de intérprete, que el constituyente acogió para la constitución de la Asamblea Nacional un criterio de integración cerrado, por lo que la conformación de este órgano está determinada por un número fijo de representantes que, sólo podrá verse modificado por el aumento o disminución que pueda experimentar la población del país.

Ahora bien, establecido lo anterior, pasa esta Sala a analizar si el artículo 21 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política es compatible con las citadas disposiciones constitucionales y los principios que las orientan, es decir, si la situación que regula tiene cabida en la nueva concepción que propugna el sistema de elección de los Diputados a la Asamblea Nacional, derivado del *numerus clausus* de sus integrantes o, si por el contrario, no se adecua a tales previsiones...

De lo expuesto se desprende que la situación que regula el artículo 21, objeto del presente recurso, sólo era aplicable bajo la vigencia de la Constitución de 1961, que remitía al legislador, a diferencia de la actual, la determinación y regulación de las bases a ser consideradas

⁷⁸⁹ V. en *Revista de Derecho Público*, n° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 98.

para la selección de cargos de elección popular, destacándose entre ellos el Parlamento, que se corresponde con la diferencia derivada de la unicameralidad, con la Asamblea Nacional, establecida en el artículo 186 constitucional.

Bajo el nuevo esquema institucional así concebido, el sistema de integración de la Asamblea Nacional no permite la institución de los diputados adicionales, pues el nuevo orden -se insiste- no diseña una Asamblea Nacional con un *numerus apertus* sino que por el contrario, la intención ha sido crear un claustro legislativo. Es evidente, entonces, que el artículo 21 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política ha quedado derogado, por no corresponderse con la Ley Fundamental. Así se declara⁷⁹⁰.

C. Régimen de los diputados

Los diputados son representantes del pueblo y de los Estados en su conjunto, no sujetos a mandatos ni instrucciones, sino sólo a su conciencia. Su voto en la Asamblea Nacional es personal (art. 201).

Con esta norma, en principio, habrían quedado proscritas las fracciones parlamentarias de carácter partidista o grupal; lo cual, no sólo no ha sucedido (salvo el cambio de nombre por “bloques de opinión”) sino que en los años de vigencia de la Constitución se han manifestado con un control más férreo sobre los diputados.

Conforme al artículo 188, las condiciones para ser elegido diputado a la Asamblea Nacional son las siguientes:

1. Ser venezolano o venezolana, por nacimiento, o por naturalización con quince años de residencia en territorio venezolano.
2. Ser mayor de veintiún años de edad.
3. Haber residido cuatro años consecutivos en la entidad correspondiente antes de la fecha de la elección.

En cuanto a las condiciones de inelegibilidad el artículo 189 dispone que no podrán ser elegidos diputados

1. El Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, los Ministros o Ministras, el Secretario o Secretaria de la Presidencia de la República y los Presidentes o Presidentas y Directores o Directoras de los institutos autónomos y empresas del Estado, hasta tres meses después de la separación absoluta de sus cargos.
2. Los Gobernadores y Secretarios de gobierno, de los Estados y el Distrito Capital, hasta tres meses después de la separación absoluta de sus cargos.
3. Los funcionarios o funcionarias municipales, estatales o nacionales, de institutos autónomos o empresas del Estado, cuando la elección tenga lugar en la jurisdicción en la cual actúa, salvo si se trata de un cargo accidental, asistencial, docente o académico.

Por otra parte, la Constitución permite que la Ley Orgánica pueda establecer condiciones de inelegibilidad de otros funcionarios o funcionarias, con lo que la materia dejó de ser de reserva constitucional como era en la Constitución de 1961 (art. 140).

El principio general en esta materia está establecido en el artículo 197 de la Constitución cuando establece que los diputados a la Asamblea Nacional están obligados a cumplir sus labores a *dedicación exclusiva*, en beneficio de los intereses del pue-

⁷⁹⁰ *Idem*, pp. 98 y 99.

blo y a mantener una vinculación permanente con sus electores, atendiendo sus opiniones y sugerencias y manteniéndolos informados acerca de su gestión y la de la Asamblea.

Además, deben dar cuenta anualmente de su gestión a los electores y estarán sometidos al referendo revocatorio del mandato en los términos previstos en la Constitución (art. 72) y en la ley sobre la materia.

En los casos de revocatoria del mandato, conforme al artículo 198, el diputado a la Asamblea Nacional cuyo mandato fuere revocado, no puede optar a cargos de elección popular en el siguiente período.

Los diputados a la Asamblea Nacional, conforme al artículo 190, no pueden ser propietarios o administradores o directores de empresas que contraten con personas jurídicas estatales, ni pueden gestionar causas particulares de interés lucrativo con las mismas. Durante las votaciones sobre causas en las cuales surjan conflictos de intereses económicos, los integrantes de la Asamblea Nacional que estén involucrados en dichos conflictos, deben abstenerse.

Por otra parte, los diputados a la Asamblea Nacional no pueden aceptar o ejercer cargos públicos sin perder su investidura, salvo en actividades docentes, académicas, accidentales o asistenciales, siempre que no supongan dedicación exclusiva (art. 191). Se eliminó así, la posibilidad de que los diputados pudieran ser designados Ministros, por ejemplo, sin que ello les ocasionara la pérdida de la investidura como lo establecía el artículo 141 de la Constitución de 1961.

Los diputados a la Asamblea Nacional no son responsables por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones y sólo responden ante los electores y al cuerpo legislativo de acuerdo con la Constitución y los reglamentos (art. 199).

Los diputados a la Asamblea Nacional gozan de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde proclamación hasta la conclusión de su mandato o de la renuncia del mismo (art. 200).

De los presuntos delitos que cometan los integrantes de la Asamblea Nacional conoce, en forma privativa, el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que puede ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito flagrante cometido por un parlamentario, la autoridad competente lo debe poner bajo custodia en su residencia y debe comunicar inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia.

Los funcionarios públicos que violen la inmunidad de los integrantes de la Asamblea Nacional, incurrir en responsabilidad penal y deben ser castigados de conformidad con la ley.

Sobre la inmunidad parlamentaria como excepción al principio de la igualdad, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 31 de mayo de 2000, expresó el siguiente criterio:

La inmunidad o fuero parlamentario, que no es sino un obstáculo procesal a la detención o procesamiento o imputación de determinadas personas, tal como lo estableció el legislador, en este caso referido a quien ejerce la función parlamentaria impone la consagración de beneficios que colocan al representante popular en situación privilegiada al comparársela a la de cualquier ciudadano. Ahora bien, estos privilegios no le son concedidos al parlamentario a título personal, sino que los poseen en cuanto son miembros de los cuerpos legisladores, en representación de la voluntad popular, y su fundamento no sólo va dirigido a la protección de la

función, sino que su inviolabilidad existe en razón de la protección del interés del Estado, su institucionalidad y en beneficio de la colectividad y no de la persona en particular, por lo que la inmunidad de proceder en contra de la persona del parlamentario, no significa impunidad penal, quedando así sometido a la misma ley sustantiva penal que los demás habitantes, sólo que su procesamiento puede instaurarse cuando previamente se ha realizado una tramitación que tiene como único objeto autorizar que se forme causa en su contra, aplicándosele en su integridad, de ser procedente el ordenamiento jurídico que encuadra la actividad de todos los demás componentes de la sociedad, y deberán responder de todos los actos realizados en razón de que detentar un cargo de elección popular no significa situarse en una posición que separe y aisle al titular del resto...

Así pues, estima este Tribunal Supremo de Justicia en Pleno tanto la inmunidad y su necesario trámite de realizar el antejuicio de mérito como mecanismo adjetivo de protección respecto de aquellos funcionarios a los efectos señala el texto constitucional, constituyen sin lugar a dudas excepciones al principio de igualdad, frente a la ley y que sólo se justifican y surten sus efectos debido a la naturaleza de la función desplegada durante el tiempo que ejercen los aludidos cargos. Así se declara⁷⁹¹.

D. La organización de la Asamblea

La Junta Directiva de la Asamblea Nacional está compuesta por un Presidente y dos Vicepresidentes, elegidos de su seno; y un Secretario y un Subsecretario designados de fuera de su seno, por un período de un año. El reglamento debe establecer las formas de suplir las faltas temporales y absolutas de los miembros de la directiva (art. 194).

Tanto el Presidente como el Vicepresidente de la Asamblea deben ser venezolanos por nacimiento y sin otra nacionalidad (art. 41).

El artículo 193 exige que la Asamblea Nacional nombre Comisiones Permanentes, ordinarias y especiales.

En cuanto a las Comisiones Permanentes, en un número no mayor de quince, deben estar referidas a los sectores de actividad. La Asamblea Nacional puede crearlas o suprimirlas con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes.

Igualmente la Asamblea puede crear Comisiones con carácter temporal para investigación y estudio, todo ello de conformidad con su reglamento.

Durante el receso de la Asamblea, debe funcionar la Comisión Delegada integrada por el Presidente, los Vicepresidentes y los Presidentes de las Comisiones Permanentes (art. 195).

Las atribuciones de la Comisión Delegada, enumeradas en el artículo 196, son las siguientes:

1. Convocar la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias, cuando así lo exija la importancia de algún asunto.
2. Autorizar al Presidente o Presidenta de la República para salir del territorio nacional.
3. Autorizar al Ejecutivo Nacional para decretar créditos adicionales.
4. Designar Comisiones temporales integradas por integrantes de la Asamblea.

⁷⁹¹ V. en *Revista de Derecho Público*, n° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 150 y 151.

5. Ejercer las funciones de investigación atribuidas a la Asamblea.
6. Autorizar al Ejecutivo Nacional por el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes para crear, modificar o suspender servicios públicos en caso de urgencia comprobada.
7. Las demás que establezcan la Constitución y la ley.

E. Las sesiones de la Asamblea y el quórum

El primer período de las sesiones ordinarias de la Asamblea Nacional debe comenzar, sin convocatoria previa, el cinco de enero de cada año o el día posterior más inmediato posible y durará hasta el quince de agosto.

El segundo período debe comenzar el quince de septiembre o el día posterior más inmediato posible y terminará el quince de diciembre (art. 219).

Por otra parte, la Asamblea Nacional se puede reunir en sesiones extraordinarias para tratar las materias expresadas en la convocatoria y las que les fueren conexas. También puede considerar las que fueren declaradas de urgencia por la mayoría de sus integrantes (art. 220).

En todo caso, los requisitos y procedimientos para la instalación y demás sesiones de la Asamblea Nacional, y para el funcionamiento de sus Comisiones, serán determinados por el reglamento.

En ningún caso, el quórum puede ser inferior a la mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional (art. 221).

F. Los instrumentos parlamentarios de control político y administrativo

Tal como lo precisa el artículo 222 de la Constitución, la Asamblea Nacional puede ejercer su función de control mediante los siguientes mecanismos: las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias previstas en la Constitución y en la ley y cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su reglamento.

En ejercicio del control parlamentario, la Asamblea pueda declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos⁷⁹² y solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad.

Por otra parte, tanto la Asamblea como sus Comisiones pueden realizar las investigaciones que juzguen convenientes en las materias de su competencia, de conformidad con el reglamento (art. 223).

Por último, debe destacarse que conforme al artículo 224, el ejercicio de la facultad de investigación no afecta las atribuciones de los demás poderes públicos. Sin

⁷⁹² V. sobre esto Allan R. Brewer-Carías “Aspectos del control político sobre la Administración Pública” en *Revista de Control Fiscal*, n° 101, Contraloría General de la República, Caracas, 1981, pp. 107 a 130.

embargo, en cuanto a los jueces, estos están obligados a evacuar las pruebas para las cuales reciban comisión de la Asamblea Nacional y de sus Comisiones⁷⁹³.

G. La obligación de comparecencia ante el Parlamento

De acuerdo con el artículo 223 de la Constitución, todos los funcionarios públicos están obligados, bajo las sanciones que establezcan las leyes, a comparecer ante dichas Comisiones y a suministrarles las informaciones y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones. Esta obligación comprende también a los particulares; quedando a salvo los derechos y garantías que la Constitución consagra.

A los efectos de asegurar la aplicación de esta norma constitucional se ha dictado la Ley Sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos y los o las Particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones⁷⁹⁴, con el objeto, precisamente, de establecer las normas que regirán la comparecencia de funcionarios públicos y los particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones, así como las sanciones por el incumplimiento a las mismas (art. 1).

En cuanto a la comparecencia de funcionarios públicos y los particulares, conforme al artículo 2 de la Ley, la misma, tiene por objeto conocer la actuación, y la recopilación de los documentos requeridos por la Asamblea Nacional o alguna de sus Comisiones, para el mejor desempeño de las investigaciones en las materias de su competencia.

A tales efectos, entonces, la Asamblea Nacional, o sus Comisiones, en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales puede acordar, conforme a su Reglamento, la comparecencia ante la plenaria, o ante sus Comisiones, de todos los funcionarios públicos, así como de los particulares “preservando los derechos fundamentales, garantías y principios constitucionales, a los fines del cumplimiento efectivo de las funciones de control y de investigación parlamentaria que sobre el Gobierno nacional, estatal y municipal, y sobre la administración descentralizada, le correspondan” (art. 3). Sin duda, esta disposición es inconstitucional en cuanto concierne a la supuesta potestad de la Asamblea Nacional, de poder realizar funciones de control y de investigación parlamentaria sobre los gobiernos estatales. La autonomía que consagra la Constitución a los Estados (art. 159) no puede ser limitada por ley salvo cuando la Constitución lo ha dispuesto expresamente, como en el caso de la organización y funcionamiento de los Consejos Legislativos estatales (art. 162). En cuanto a los municipios, sin embargo, como la Constitución lesionó fuertemente su autonomía al establecer que por ley podía limitarse (art. 168), la regulación de la Ley sobre Régimen de Comparecencia relativas a investigaciones de la Asamblea Nacional en relación con los gobiernos municipales, aún cuando absurda, se adaptaría a la Constitución.

793 V. Allan R. Brewer-Carías, “Los poderes de investigación de los cuerpos legislativos y sus limitaciones, con particular referencia a los asuntos secretos”, *Revista de Derecho Público*, n° 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 25 a 42.

794 V. Ley Sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos y los o las Particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones (Ley n° 30). En *G.O.* n° 37.252 del 2 de agosto de 2001.

La Ley confirma la obligación de comparecencia conforme al llamado efectuado por la Asamblea Nacional o sus Comisiones, a fin de que expongan sobre los motivos y razones objeto de la misma (art. 5), y agrega la potestad de la Asamblea Nacional o sus Comisiones de acudir a la sede del ente u organismo investigado, debiendo los funcionarios a quienes compete la dependencia, prestar la oportuna y debida atención a los representantes del Parlamento, suministrándoles la información o el aporte documental requerido. La negativa o excusa injustificada, o la obstaculización de la investigación, será sancionada con multa comprendida entre trescientas Unidades Tributarias (300 U.T.) y seiscientas Unidades Tributarias (600 U.T.), o arresto proporcional, por multa no satisfecha, a razón de un día de arresto por Unidad Tributaria, además de la pena accesoria de suspensión en ejercicio del cargo conforme al artículo 22 de la Ley (art. 6).

Por otra parte, la Ley precisa que cuando el interés nacional lo requiera, vista la gravedad de los motivos y las razones que hacen procedente la averiguación en los casos donde estén involucrados venezolanos o extranjeros residentes en el exterior, la Asamblea Nacional puede autorizar el traslado de Comisiones al país donde se encuentren éstos, a objeto de la instrucción del expediente respectivo (art. 7).

La Ley, además, regula con todo detalle, las formalidades para las citaciones (arts. 9 a 15), debiendo garantizarse el transcurso de un lapso de comparecencia de un mínimo de setenta y dos (72) horas (art. 8). En cuanto a la comparecencia para una interpelación, ésta debe referirse a cuestiones relativas al ejercicio de las funciones propias del compareciente y puede ser pública, reservada o secreta, a juicio de la Comisión correspondiente (art. 10). La Ley además dispone que la Asamblea puede citar a ciudadanos que gocen de inmunidad diplomática, o cuyo país de origen sea signatario de tratados o convenios internacionales suscritos por Venezuela, para coadyuvar voluntariamente en la averiguación, respondiendo por escrito sobre la materia objeto de la investigación (art. 17).

Cuando con motivo de la comparecencia de un funcionario público, persona natural o representantes de personas jurídicas, se determinen fundados indicios que hagan presumir la existencia de ilícitos administrativos que comprometan el patrimonio público, conforme se establece en el artículo 19 de la Ley, “las actuaciones de la Asamblea Nacional o de la Comisión respectiva constituyen medios de prueba vinculantes, para que la Contraloría General de la República abra la averiguación correspondiente sobre la responsabilidad administrativa de las personas involucradas”. Si en esos casos se determinan fundados indicios de la comisión de ilícitos penales, también dispone el artículo 20 de la Ley que “las Actas de las comparecencias constituyen actuaciones preliminares similares a las exigidas en la fase preparatoria del juicio penal” las cuales administradas deben ser pasadas al Ministerio Público para que ejerza la acción correspondiente contra las personas involucradas.

La Ley, por último, establece todo un régimen de sanciones por el incumplimiento de la obligación constitucional de comparecencia. En general, en cuanto a los funcionarios públicos o los particulares que siendo citado para comparecer no asistan o se excusen sin motivo justificado, será sancionados por contumacia, con multa comprendida entre cien Unidades Tributarias (100 U.T.) y doscientas Unidades Tributarias (200 U.T.), o arresto proporcional, por multa no satisfecha, a razón de un día de arresto por Unidad Tributaria. La sentencia, dice el artículo 21 de la Ley “se publicará, a costa del sentenciado, en un diario de los de mayor circulación nacional”. De

esta previsión podría presumirse que el arresto sólo puede acordarse por la autoridad judicial, ya que los jueces son los únicos que pueden dictar “sentencias”. Igualmente dispone la norma que quien fuese citado en calidad de testigo, experto, perito o intérprete, y habiendo comparecido rehuse sin razón legal sus disposiciones o el cumplimiento del oficio que ha motivado su citación, incurrirá en la misma pena (art. 21).

Además, en cuanto a los funcionarios públicos de carrera además de la sanción antes mencionada, se les impondrá como pena accesoria la suspensión del empleo o cargo por un tiempo de dos (2) a tres (3) meses, sin goce de sueldo. En cambio, cuando se trate de funcionarios de libre nombramiento y remoción, la Asamblea Nacional le impondrá un voto de censura, con la obligación de proceder a la remoción inmediata del funcionario o funcionaria público por su órgano jerárquico (art. 22).

En cuanto a las personas que fueren emplazados a responder las preguntas por escrito u oralmente, y se nieguen a responderlas, no asistieren o no las remitan al acto en la fecha, hora y lugar fijados en la citación de comparecencia, o se excusen de hacerlo sin motivo justificado, la ley dispone que serán sancionadas con multa comprendida entre ciento cincuenta Unidades Tributarias (150 U.T.) y doscientas cincuenta Unidades Tributarias (250 U.T.), elevándose a trescientas Unidades Tributarias (300 U.T.) si el emplazado fuere un funcionario público (art. 23).

En todo caso, conforme al artículo 25 de la Ley, el enjuiciamiento por contumacia ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones, sólo puede tener lugar mediante requerimiento de éstas al representante del Ministerio Público para que promueva lo conducente.

2. El régimen del Presidente de la Republica y de los demás órganos del poder ejecutivo nacional

Siendo el sistema venezolano un sistema presidencial de gobierno⁷⁹⁵, conforme al artículo 225 de la Constitución, el Poder Ejecutivo se ejerce por el Presidente de la República y además, por el Vicepresidente Ejecutivo, los Ministros y demás funcionarios que determinen la Constitución y la ley.

⁷⁹⁵ V. en general, sobre el sistema presidencial y el Poder Ejecutivo, Donato Lupidii, “El sistema presidencial y la Constitución venezolana de 1999”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 819-835; V. Alfredo Arismendi A., “El fortalecimiento del Poder Ejecutivo Nacional en la Constitución venezolana de 1999”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 837-865; Ricardo Combellas, “El Poder Ejecutivo en la Constitución de 1999”, en *Revista UGMA Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Gran Mariscal de Ayacucho*, n° 1 (mayo-agosto). Barcelona-Venezuela, 2002, pp. 9-24; Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 407 y ss.; Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 153 y ss.; e Hildegard Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 205 y ss.

En el sistema venezolano, por tanto, el Poder Ejecutivo no se ejerce solamente por el Jefe de Gobierno que es el Presidente de la República, sino también por el Vice-Presidente y los Ministros.

La Procuraduría General de la República se define en la Constitución, como un órgano del Poder Ejecutivo Nacional que asesora, defiende y representa judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República (art. 247). La ley orgánica que determina la organización, competencia y funcionamiento de la Procuraduría, es la que se dictó en 2001, mediante Decreto Ley n° 1.556, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República⁷⁹⁶.

A El Presidente de la República

a. *Carácter: Jefe del Estado y del Gobierno*

Dado el sistema presidencial de gobierno que se conserva en la Constitución, el artículo 226 dispone que el Presidente de la República es a la vez el Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional, en cuya condición dirige la acción del Gobierno.

b. *Elección*

Para ser elegido Presidente de la República se requiere ser venezolano por nacimiento, no poseer otra nacionalidad, mayor de treinta años, de estado seglar y no estar sometido a condena mediante sentencia definitivamente firme y cumplir con los demás requisitos establecidos en la Constitución (art. 227).

Sin embargo, no puede ser elegido Presidente de la República quien esté en ejercicio del cargo de Vicepresidente Ejecutivo, o Gobernador y Alcalde en el día de su postulación o en cualquier momento entre esta fecha y la de la elección (art. 229).

La elección del Presidente de la República se debe siempre realizar por votación universal, directa y secreta, en conformidad con la ley.

Se debe proclamar electo el candidato que hubiere obtenido la mayoría de votos válidos. Así lo dispone el artículo 228 de la Constitución, el cual siguió el mismo principio de la elección por mayoría relativa del Presidente de la República que establecía el artículo 183 de la Constitución de 1961. Respaldamos la propuesta para que en la nueva Constitución se estableciera el principio de la mayoría absoluta y la doble vuelta en la elección presidencial, lo cual se eliminó en la segunda discusión del Proyecto⁷⁹⁷.

c. *El período constitucional y reelección*

De acuerdo con el artículo 230, el período del Presidente de la República es de 6 años, pudiendo ser reelegido de inmediato y por una sola vez, para un período adicional.

⁷⁹⁶ G.O. n° 5.554 *Extraordinario* del 13 de noviembre de 2001.

⁷⁹⁷ V. nuestro voto salvado en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 191 y 195.

Estimamos que no era conveniente regular la reelección inmediata extendiendo a la vez el período constitucional del Presidente de los 5 años que establecía la Constitución de 1961 (art. 135) a 6 años; por ello propusimos que el período fuese de 4 años para que hubiera reelección⁷⁹⁸.

d. *La toma de posesión*

El candidato elegido como Presidente de la República debe tomar posesión del cargo el diez de enero del primer año de su período constitucional, mediante juramento ante la Asamblea Nacional. Si por cualquier motivo sobrevenido el Presidente de la República no pudiese tomar posesión ante la Asamblea Nacional, lo debe hacer ante el Tribunal Supremo de Justicia. (art. 231).

e. *La responsabilidad y obligaciones generales*

El Presidente de la República es responsable de sus actos y del cumplimiento de las obligaciones inherentes a su cargo. Está especialmente obligado a procurar la garantía de los derechos y libertades de los venezolanos, así como la independencia, integridad, soberanía del territorio y defensa de la República (art. 232).

En ningún caso la declaración de los estados de excepción modifica el principio de su responsabilidad, ni la del Vicepresidente Ejecutivo, ni la de los Ministros de conformidad con la Constitución y la ley (art. 232).

f. *Las faltas del Presidente*

El artículo 233 de la Constitución considera como *faltas absolutas* del Presidente de la República: la muerte, su renuncia, la destitución decretada por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, la incapacidad física o mental permanente, certificada por una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia y con aprobación de la Asamblea Nacional, el abandono del cargo, declarado éste por la Asamblea Nacional, así como la revocatoria popular de su mandato.

En los casos en los cuales se produzca la falta absoluta del Presidente electo o antes de tomar posesión, se debe proceder a realizar una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los 30 días consecutivos siguientes. En este caso, mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente se debe encargar de la Presidencia de la República, el Presidente de la Asamblea Nacional.

Cuando la falta absoluta del Presidente de la República se produzca durante los primeros 4 años del período constitucional, se debe proceder a una nueva elección universal y directa dentro de los 30 días consecutivos siguientes. En este caso, mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente, se debe encargar de la Presidencia de la República el Vicepresidente Ejecutivo.

⁷⁹⁸ V. nuestro voto salvado en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 199 y 289.

En los casos anteriores, el nuevo Presidente debe completar el período constitucional correspondiente.

En todo caso, si la falta absoluta se produce durante los últimos 2 años del período constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo debe asumir la Presidencia de la República hasta completar el mismo.

Mas adelante, se insiste en el análisis de las faltas absolutas, al analizar las formas de terminación del mandato del Presidente de la República.

En cuanto a las *faltas temporales* del Presidente de la República, el artículo 234 dispone que deben ser suplidas por el Vicepresidente Ejecutivo hasta por 90 días, prorrogables por decisión de la Asamblea Nacional por 90 días más.

Si una falta temporal se prolonga por más de 90 días consecutivos, la Asamblea Nacional debe decidir por mayoría de sus integrantes si debe considerarse que hay falta absoluta.

g. *Las ausencias del territorio nacional*

Las ausencias del territorio nacional por parte del Presidente de la República sólo requieren autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada, cuando se prolongue por un lapso superior a 5 días consecutivos (art. 235).

h. *Atribuciones constitucionales del Presidente de la República*

De acuerdo con el artículo 236 de la Constitución, son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

1. Cumplir y hacer cumplir esta Constitución y la ley.
2. Dirigir la acción del Gobierno.
3. Nombrar y remover al Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, nombrar y remover los Ministros o Ministras.
4. Dirigir las relaciones exteriores de la República y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales.
5. Dirigir la Fuerza Armada Nacional en su carácter de Comandante en Jefe, ejercer la suprema autoridad jerárquica de ella y fijar su contingente.
6. Ejercer el mando supremo de la Fuerza Armada Nacional, promover sus oficiales a partir del grado de coronel o coronela o capitán o capitana de navío, y nombrarlos o nombrarlas para los cargos que les son privativos.
7. Declarar los estados de excepción y decretar la restricción de garantías en los casos previstos en esta Constitución.
8. Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley.
9. Convocar la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias.
10. Reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón.
11. Administrar la Hacienda Pública Nacional.
12. Negociar los empréstitos nacionales.

13. Decretar créditos adicionales al Presupuesto, previa autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada⁷⁹⁹.
14. Celebrar los contratos de interés nacional conforme a esta Constitución y a la ley.
15. Designar, previa autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada, al Procurador o Procuradora General de la República y a los jefes o jefas de las misiones diplomáticas permanentes.
16. Nombrar y remover a aquellos funcionarios o aquellas funcionarias cuya designación le atribuyen esta Constitución y la ley.
17. Dirigir a la Asamblea Nacional, personalmente o por intermedio del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, informes o mensajes especiales.
18. Formular el Plan Nacional de Desarrollo y dirigir su ejecución previa aprobación de la Asamblea Nacional.
19. Conceder indultos.
20. Fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la correspondiente ley orgánica⁸⁰⁰.
21. Disolver la Asamblea Nacional en el supuesto establecido en esta Constitución.
22. Convocar referendos en los casos previstos en esta Constitución.
23. Convocar y presidir el Consejo de Defensa de la Nación.
24. Las demás que le señalen esta Constitución y la ley.

El Presidente o Presidenta de la República debe ejercer en Consejo de Ministros las atribuciones señaladas en los numerales 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 18, 20, 21, 22 y las que le atribuya la ley para ser ejercidas en igual forma.

Todos los actos del Presidente de la República, con excepción de los señalados en los ordinales 3 y 5, deben ser refrendados para su validez por el Vicepresidente Ejecutivo y el Ministro o Ministros respectivos.

Dentro de los 10 primeros días siguientes a la instalación de la Asamblea Nacional, en sesiones ordinarias, el Presidente de la República personalmente debe presentar, cada año, a la Asamblea un mensaje en que debe dar cuenta de los aspectos políticos, económicos, sociales y administrativos de su gestión durante el año inmediatamente anterior (art. 237).

B. El Vicepresidente Ejecutivo

La Constitución de 1999 introdujo una novedad constitucional, al crear el cargo de Vicepresidente Ejecutivo, como órgano directo y colaborador inmediato del Presidente de la República en su condición de Jefe del Ejecutivo Nacional (art. 238). Conforme a la Constitución, también ejerce el Poder Ejecutivo (art. 233).

799 Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, *G.O.* n° 37.606 de 09-01-2003

800 Ley Orgánica de la Administración Pública (Ley n° 40), *G.O.* n° 37.305 del 17 de octubre de 2001; Decreto n° 1475 de 17-10-2001 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, *G.O.* n° 37.305 de 17-10-2/1

El Vicepresidente Ejecutivo debe reunir las mismas condiciones exigidas para ser Presidente de la República, y no puede tener ningún parentesco de consanguinidad ni de afinidad con éste.

Ahora bien esta institución de la VicePresidencia, tal como está concebida, si bien atenúa el clásico presidencialismo, no cambia el carácter presidencial del sistema de gobierno; lo que resulta tanto de sus atribuciones⁸⁰¹ como de su absoluta dependencia del Presidente de la República. Al designarlo, por otra parte, el Presidente de la República en cierta forma está designando a quien lo sustituye temporalmente en ejercicio del cargo (faltas temporales), sin ingerencia de otros Poderes del Estado; así como a su sucesor en ciertos casos de falta absoluta (arts. 233, 234).

Sin embargo, debe señalarse que todos los actos del Presidente de la República, con excepción de los señalados en los ordinales 3 (Nombrar y remover al Vicepresidente Ejecutivo, nombrar y remover los Ministros) y 5 (Dirigir la Fuerza Armada Nacional en su carácter de Comandante en Jefe, ejercer la suprema autoridad jerárquica de ella y fijar su contingente) del artículo 236, deben ser siempre refrendados para su validez por el Vicepresidente Ejecutivo. Éste, por tanto, co-participa en las actuaciones del Presidente en las funciones de gobierno.

a. *Las atribuciones del Vicepresidente*

De acuerdo con la Constitución, el Vicepresidente es por tanto, el colaborador más inmediato del Presidente de la República, y por delegación de éste puede ser el coordinador del Consejo de Ministros y de la Administración Pública. También puede jugar un rol importante como mediador político en relación con la Asamblea Nacional y los gobiernos estatales, en este último caso como presidente del Consejo Federal de Gobierno.

En efecto, el artículo 239 precisa las siguientes atribuciones del Vicepresidente Ejecutivo:

1. Colaborar con el Presidente de la República en la dirección de la acción del Gobierno.
2. Coordinar la Administración Pública Nacional de conformidad con las instrucciones del Presidente de la República.
3. Proponer al Presidente de la República el nombramiento y la remoción de los Ministros.
4. Presidir, previa autorización del Presidente de la República, el Consejo de Ministros (art. 242)
5. Coordinar las relaciones del Ejecutivo Nacional con la Asamblea Nacional.
6. Presidir el Consejo Federal de Gobierno (art. 185)
7. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios nacionales cuya designación no esté atribuida a otra autoridad.
8. Suplir las faltas temporales del Presidente de la República (art 234).
9. Ejercer las atribuciones que le delegue el Presidente de la República.
10. Las demás que le señalen esa Constitución y la ley.

801 V. los comentarios críticos en torno a esta reforma en Carlos Ayala Corao, *El Régimen Presidencial en América Latina y los Planteamientos para su Reforma*, Caracas, 1992.

Tal como lo indica expresamente el artículo 241, el Vicepresidente Ejecutivo es responsable de sus actos de conformidad con la Constitución y la ley.

b. *El voto de censura parlamentario al Vicepresidente y sus efectos*

Conforme al artículo 240, la aprobación de una moción de censura al Vicepresidente Ejecutivo, por una votación no menor de las 3/5 partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, implica su remoción.

En estos casos, el funcionario removido no puede optar al cargo de Vicepresidente Ejecutivo o de Ministro por el resto del período presidencial.

Por otra parte, la remoción del Vicepresidente Ejecutivo en tres oportunidades dentro de un mismo período constitucional, como consecuencia de la aprobación de mociones de censura, faculta al Presidente de la República para disolver la Asamblea Nacional.

Esta es la única posibilidad que tiene el Presidente de la República de disolver la Asamblea, la cual se puede considerar como de difícil materialización, salvo que la propia Asamblea así lo provoque aprobando el tercer voto de censura. En todo caso, el decreto de disolución conlleva la convocatoria de elecciones para una nueva legislatura dentro de los 60 días siguientes a su disolución.

En todo caso, la Asamblea no puede ser disuelta en el último año de su período constitucional.

C. Los Ministros

Los Ministros son órganos directos del Presidente de la República, y reunidos conjuntamente con este y con el Vicepresidente Ejecutivo, integran el Consejo de Ministros (art. 242).

Los Ministros también ejercen el Poder Ejecutivo y participan con el Presidente en las funciones de gobierno. Por ello deben refrendar todos los actos del Presidente de la República, con excepción de los señalados en los ordinales 3 (Nombrar y remover al Vicepresidente Ejecutivo, nombrar y remover los Ministros) y 5 (Dirigir la Fuerza Armada Nacional en su carácter de Comandante en Jefe, ejercer la suprema autoridad jerárquica de ella y fijar su contingente) del artículo 236, para que tengan validez.

Los Ministros, en general, son los titulares de los Despachos Ministeriales que resulten de la organización de los Ministerios. Sin embargo, conforme al artículo 243, el Presidente de la República también puede nombrar Ministros de Estado, los cuales, además de participar en el Consejo de Ministros, deben asesorar al Presidente de la República y al Vicepresidente Ejecutivo en los asuntos que les fueren asignados.

Para ser Ministro se requiere poseer la nacionalidad venezolana y ser mayor de veinticinco años, con las excepciones establecidas en la Constitución (art. 244).

En cuanto a los Ministros de los Despachos relacionados con la Seguridad de la Nación, finanzas, energía y minas y educación, el artículo 41 de la Constitución exige la nacionalidad venezolana por nacimiento y no tener otra nacionalidad.

Los Ministros son responsables de sus actos de conformidad con la Constitución y la ley (art. 244).

Esta responsabilidad es individual, por supuesto, tanto civil, penal y administrativa.

También es de carácter político, ante el presidente como jefe de gobierno y ante el parlamento, órgano que puede censurar a los Ministros.

D. El Consejo de Ministros

Como se señaló, los Ministros reunidos con el Presidente y con el Vicepresidente integran el Consejo de Ministros (art. 242).

Las reuniones del Consejo de Ministros las preside el Presidente de la República pero puede autorizar al Vicepresidente Ejecutivo para que las presida cuando no pueda asistir a ellas. Por tanto, en el sistema presidencial venezolano, la coordinación del gabinete o Consejo de Ministros, puede ser asignada por el Presidente de la República al Vicepresidente, quien en cierta forma (si el presidente lo decide) podría considerarse que puede ejercer funciones de “jefe de gabinete”; sin embargo, las decisiones que se adopten en Consejo de Ministros sin la presencia del Presidente de la República, no tienen validez si no son ratificadas por el Presidente (art. 242). El Vicepresidente, por tanto, en realidad no pasa de ser un coordinador del gabinete, por delegación presidencial, lo cual sin duda puede significar un aligeramiento de las cargas del jefe del Estado y del gobierno.

Conforme al mismo artículo 242 de la Constitución, de las decisiones del Consejo de Ministros son solidariamente responsables el Vicepresidente Ejecutivo y los Ministros que hubieren concurrido, salvo aquellos que hayan hecho constar su voto adverso o negativo. Por supuesto que dicha responsabilidad solidaria también comprende al Presidente de la República cuando presida el cuerpo.

El Procurador General de la República debe asistir al Consejo de Ministros, pero con sólo derecho a voz (art. 250).

El Consejo de Ministros no sólo resuelve los asuntos que le someta el Presidente de la República, a su libre iniciativa, sino que conforme a la Constitución, hay una serie de decisiones del Presidente de la República que no puede adoptar sino en Consejo de Ministros, con lo cual el gabinete tiene entidad propia, atenuando en ciertos aspectos el presidencialismo tradicional.

En efecto, conforme al artículo 236 de la Constitución el Presidente de la República obligatoriamente debe ejercer, en Consejo de Ministros, las atribuciones señaladas en los numerales 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 18, 20, 21, 22 y las que la atribuya la ley para ser ejercida en igual forma. Las que enumera la Constitución que deben adoptarse en Consejo de Ministros, son las siguientes:

7. Declarar los estados de excepción y decretar la restricción de garantías en los casos previstos en esta Constitución (art. 337).
8. Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley (art. 203).
9. Convocar la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias (art. 220).
10. Reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón.

12. Negociar los empréstitos nacionales.
13. Decretar créditos adicionales al Presupuesto, previa autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada⁸⁰² (art. 314)
14. Celebrar los contratos de interés nacional conforme a esta Constitución (art. 150) y a la ley.
18. Formular el Plan Nacional de Desarrollo y dirigir su ejecución previa aprobación de la Asamblea Nacional (art. 187,8).
20. Fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la correspondiente ley orgánica⁸⁰³.
21. Disolver la Asamblea Nacional en el supuesto establecido en esta Constitución (art. 240).
22. Convocar referendos en los casos previstos en esta Constitución (arts. 71, 73, 74).

Además, conforme al artículo 214 de la Constitución, el Presidente también requiere el acuerdo del Consejo de Ministros, para solicitar a la Asamblea Nacional, mediante exposición razonada, que modifique alguna de las disposiciones de las leyes que se le envían para su promulgación o para que levante la sanción a toda la ley o a parte de ella.

Igualmente, el Presidente requiere del acuerdo del Consejo de Ministros para asumir la iniciativa para proponer enmiendas y reformas constitucionales (arts. 341,1 y 342) y para poder convocar una Asamblea Nacional Constituyente (art. 343).

E. El Consejo Federal de Gobierno

La Constitución de 1999 creó el Consejo Federal de Gobierno como el órgano encargado de la planificación y coordinación de políticas y acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios.

Conforme al artículo 185 del texto fundamental, dicho Consejo lo preside el Vicepresidente Ejecutivo y está integrado por los Ministros, los Gobernadores, un Alcalde por cada Estado y representantes de la sociedad organizada, de acuerdo con la ley.

El Consejo Federal de Gobierno debe contar con una Secretaría, integrada por el Vicepresidente Ejecutivo, dos Ministros, tres Gobernadores y tres Alcaldes. De este Consejo Federal de Gobierno, además, debe depender el Fondo de Compensación Interterritorial, destinado al financiamiento de inversiones públicas “para promover el desarrollo equilibrado de las regiones, la cooperación y complementación de las políticas e iniciativas de desarrollo de las distintas entidades públicas territoriales, y

802 Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, *G.O.* n° 37.606 de 09-01-2003.

803 Ley Orgánica de la Administración Pública (Ley n° 40), *G.O.* n° 37.305 del 17 de octubre de 2001; Decreto n° 1475 de 17-10-2001 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, *G.O.* n° 37.305 de 17-10-2//1

a apoyar especialmente la dotación de obras y servicios esenciales en las regiones y comunidades de menor desarrollo relativo”.

Corresponde al Consejo Federal de Gobierno, con base en los desequilibrios regionales, discutir y aprobar anualmente los recursos que se deben destinar al Fondo de Compensación Interterritorial y las áreas de inversión prioritaria a las cuales se aplicarán dichos recursos.

F. El Consejo de Estado

Otra innovación de la Constitución de 1999 es la creación del Consejo de Estado como órgano superior de consulta del Gobierno y la Administración Pública Nacional (art. 251).

Tiene a su cargo recomendar políticas de interés nacional en aquellos asuntos a los que el Presidente o Presidenta de la República reconozca de especial trascendencia y requiera su opinión. Corresponde a la ley respectiva determinar sus funciones y atribuciones⁸⁰⁴.

El Consejo de Estado lo preside el Vicepresidente Ejecutivo y esta conformado, además, por cinco personas designadas por el Presidente de la República; un representante designado por la Asamblea Nacional; un representante designado por el Tribunal Supremo de Justicia y un Gobernador designado por el conjunto de mandatarios estatales (art. 252).

G. Los Ministros y la Asamblea Nacional

En el sistema presidencial venezolano, a diferencia de los moldes clásicos del presidencialismo norteamericano, los Ministros no sólo pueden ser llamados a comparecer ante la Asamblea Nacional y ser interpelados, sino que tienen iniciativa propia para participar en los debates de la misma. Además, la Asamblea puede aprobar votos de censura contra los Ministros. Se trata, sin duda, de injertos parlamentarios al sistema presidencial, que podrían contribuir a atenuar el presidencialismo.

Los Ministros, en efecto, de acuerdo con el artículo 211 tienen derecho de palabra en la Asamblea Nacional y en sus Comisiones; y además, pueden tomar parte en los debates de la Asamblea Nacional, aún cuando por supuesto, sin derecho al voto (art. 245).

Por otra parte, como se dijo, la Asamblea Nacional puede convocar a los Ministros para que comparezcan ante ella. A tal efecto, el artículo 222 de la Constitución regula los poderes de control de la Asamblea Nacional en relación con los Ministros, mediante las interpelaciones y las preguntas, además de cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su reglamento.

De acuerdo con el artículo 223 de la Constitución, todos los funcionarios públicos incluyendo los Ministros, están obligados, bajo las sanciones que establezcan las

804 V. nuestro voto salvado sobre este tema en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, p. 199.

leyes, a comparecer ante las Comisiones parlamentarias y a suministrarles las informaciones y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones.

En ejercicio del control parlamentario, la Asamblea pueda declarar la responsabilidad política de los Ministros y solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad.

Aunado a ello y conforme al artículo 244, los Ministros están obligados a presentar ante la Asamblea Nacional, dentro de los primeros 60 días de cada año, una memoria razonada y suficiente sobre la gestión del despacho en el año inmediatamente anterior, de conformidad con la ley.

Por último, la Asamblea nacional puede aprobar mociones de censura a los Ministros. El artículo 246 de la Constitución establece que la aprobación de una moción de censura a un Ministro por una votación no menor de las 3/5 partes de los integrantes presentes de la Asamblea Nacional, implica su remoción.

En este caso, el Ministro removido no puede optar al cargo de Ministro ni de Vicepresidente Ejecutivo por el resto del período presidencial.

VI. LAS FORMAS CONSTITUCIONALES DE TERMINACIÓN DEL MANDATO DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Contrariamente a lo que preveía la Constitución de 1961, la nueva Constitución de 1999 regula expresamente tres formas generales de terminación del mandato del Presidente de la República que son: en *primer lugar*, el vencimiento del período constitucional presidencial; en *segundo lugar*, cuando se produzca la falta absoluta del Presidente de la República en los casos de sometimiento a enjuiciamiento penal, abandono del cargo, revocación popular del mandato, destitución, incapacidad física o mental, renuncia o muerte; y en *tercer lugar*, la cesación del mandato decidida por una Asamblea Nacional Constituyente⁸⁰⁵.

En 2004 se puso en funcionamiento un proceso de referendo revocatorio presidencial cuyas vicisitudes también se analizarán como estudio de caso.

1. Las diversas formas de terminación del mandato presidencial

A. El vencimiento del período constitucional

De acuerdo con la Constitución de 1999 el período presidencial es de seis años (art. 230). En consecuencia, el primer escenario de la salida del Presidente de la República de su cargo, por tanto, es por el vencimiento del período constitucional, sea porque no decida ir a la reelección, sea porque sea derrotada su candidatura en la votación.

⁸⁰⁵ V. Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 243 y ss.

B. La falta absoluta del Presidente de la República

En segundo lugar, también se produce la terminación del mandato del Presidente de la República, cuando ocurre la falta absoluta del mismo, lo que se puede producir en las siguientes circunstancias: como consecuencia del enjuiciamiento penal; cuando se produzca el abandono del cargo; por revocación popular del mandato; cuando sea destituido; por incapacidad física o mental; por renuncia al cargo o por muerte.

a. *El sometimiento a enjuiciamiento penal*

El Presidente de la República puede ser enjuiciado penalmente por los delitos que cometa, como cualquier ciudadano.

Sin embargo, para que se lleve a cabo el enjuiciamiento deben cumplirse una serie de condiciones que se configuran como prerrogativas del Jefe de Estado.

Conforme al artículo 266 de la Constitución, corresponde al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena, declarar si hay o no méritos para el enjuiciamiento del Presidente de la República. La solicitud ante el Tribunal Supremo corresponde formularla al Ministerio Público (art. 285,5). En igual sentido se establece en el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP).

Si el Tribunal Supremo de Justicia decide que hay méritos para enjuiciar al Presidente, el asunto debe pasar a la Asamblea Nacional para que autorice el enjuiciamiento (art. 266,2).

En la Constitución de 1961, esta autorización correspondía ser adoptada por el Senado; pero eliminando este en la nueva Constitución, corresponde ahora a la Asamblea Nacional. Una vez que la Asamblea autorice el enjuiciamiento, entonces el Tribunal Supremo debe continuar conociendo de la causa hasta sentencia definitiva (art. 266,2).

La Constitución de 1999, sin embargo, nada dispuso sobre los efectos del enjuiciamiento del Presidente de la República en relación con el ejercicio de su cargo. La Constitución de 1961, en la norma que atribuía la autorización de enjuiciamiento al Senado, expresamente señalaba que “autorizado el enjuiciamiento, el Presidente quedará suspendido en el ejercicio de sus funciones” (art. 150,8). Esta suspensión daba origen a una falta temporal forzosa del Presidente de la República.

Como se dijo, la Constitución de 1999 nada dispone sobre la necesaria separación temporal del ejercicio de su cargo por el Presidente de la República una vez autorizado su enjuiciamiento y durante el lapso que dure el juicio. Este vacío lo suple, sin embargo, el Código Orgánico Procesal Penal, el cual regula expresamente la situación al señalar que “cumplidos los trámites necesarios para el enjuiciamiento, el funcionario quedará suspendido e inhabilitado para ejercer cualquier cargo público durante el proceso” (art. 380).

En consecuencia, autorizado por la Asamblea Nacional el enjuiciamiento, el Presidente de la República queda suspendido del cargo, configurándose dicha situación jurídica como una falta temporal.

La Constitución dispone que estas faltas temporales del Presidente de la República deben ser suplidas por el Vicepresidente hasta por 90 días, prorrogables por decisión

de la Asamblea Nacional hasta por 90 días más (art. 234). Por tanto, si el proceso se prolonga por más de 90 días consecutivos, al término de dicho lapso la Asamblea Nacional debe decidir prorrogarlo o decidir por mayoría de sus integrantes si debe considerarse la falta como una falta absoluta (art. 234). Esta falta absoluta también se produce en forma automática al vencimiento de la prórroga de los 90 días de la falta temporal, de haber sido acordada.

Si la situación de falta absoluta, derivada del enjuiciamiento del Presidente de la República, se produce durante los primeros cuatro años del período constitucional, se debe proceder a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los 30 días consecutivos subsiguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente, el Vicepresidente Ejecutivo (art. 233) se debe encargar de la Presidencia. En este caso, el nuevo Presidente una vez que tome posesión del cargo, debe sólo completar el período constitucional correspondiente.

En cambio, si la falta absoluta se produce durante los dos últimos años del período constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo debe asumir la Presidencia de la República hasta complementar dicho período.

b. *El abandono del cargo: la conversión de una falta temporal en falta absoluta*

La Constitución establece que el Presidente de la República puede separarse temporalmente del ejercicio de su cargo. En tales supuestos, las faltas temporales las suple el Vicepresidente Ejecutivo (art. 234).

Una falta temporal puede consistir, por ejemplo, en ausencia por enfermedad o por un viaje dentro o fuera del territorio nacional. En el caso de ausencias del territorio nacional cuando se prolongue por un lapso superior a 5 días consecutivos, entonces se requiere de la autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada (art. 235; 187, 17; 196,2).

Las faltas temporales, como se dijo, sólo pueden tener un lapso de 90 días. Al término de dicho lapso, la Asamblea Nacional tiene el poder de decidir a prorrogarla por 90 días más, o decidir por mayoría de sus integrantes si debe considerarse que hay falta absoluta (art. 234). En este caso se da el supuesto de abandono del cargo declarado por la Asamblea Nacional (art. 233).

También se produce la situación de falta absoluta en forma automática, cuando concluya la prórroga de 90 días, es decir, cuando la falta absoluta sea de 180 días.

En caso de falta absoluta, como se dijo anteriormente, asume el Vicepresidente y debe o no realizarse una elección, según que la falta absoluta se produzca dentro de los 4 primeros años del período constitucional, o con posterioridad (Véase lo indicado en el punto II,1).

c. *La revocación popular del mandato*

Anteriormente, en la *Tercera Parte*, se ha analizado el referendo revocatorio de mandato previsto en la Constitución de 1999, como consecuencia de declarar al gobierno de la República como democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de *mandatos revocables* (art. 6).

En consecuencia, “todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables” como lo dice el artículo 72 de la Constitución; constituyendo la revocatoria del mandato de los funcionarios, de la esencia del régimen democrático. Se constituye, además como uno de los “medios (en lo político) de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía” (art. 70).

Ahora bien, la revocatoria del mandato de los funcionarios electos, entre ellos del Presidente de la República, sólo puede producirse mediante la realización de un referendo revocatorio, que conforme al artículo 72 de la Constitución, se rige por las siguientes reglas:

Primero, la realización de un referendo revocatorio sólo puede efectuarse una vez transcurrido la mitad del período presidencial.

Segundo, la solicitud de la convocatoria de un referendo para revocar el mandato del Presidente de la República sólo puede tener su origen en una iniciativa popular, respaldada por un número no menor del 20% de electores inscritos en el Registro Civil y Electoral en la Circunscripción Nacional para el momento de presentación de la solicitud. Debe señalarse, además, que en ningún caso se puede hacer más de una solicitud de revocación del mandato durante el período presidencial o para el cual fue elegido el funcionario.

Tercero, la solicitud se formula ante el Consejo Nacional Electoral, a quien compete la organización, administración, dirección y vigilancia de los referendos (art. 293, 5).

Cuarto, al referendo revocatorio convocado deben concurrir, como votantes, un número de electores igual o superior al 25% de los electores inscritos en el Registro Electoral para el momento de la votación.

Quinto, para que se produzca la revocatoria del mandato de un funcionario público, incluido el Presidente de la República, deben votar a favor de la revocación, un número igual o mayor al número de electores que lo eligieron. En este caso, se considera revocado el mandato del funcionario y debe entonces procederse de inmediato a cubrir la falta absoluta de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución (art. 72; 233).

Si se trata del Presidente de la República la revocatoria del mandato se considera una falta absoluta, en cuyo caso debe procederse como se indicó anteriormente.

En todo caso, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, al interpretar el artículo 72 de la Constitución, en la sentencia n° 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón y William Dávila*) señaló lo siguiente:

Al respecto, observa la Sala que la revocación, tal como ha sido concebida por nuestro constituyente en la norma objeto de estudio, es un mecanismo de remoción o separación categórica del funcionario electo por votación popular, incluidos los Gobernadores del Estado. De tal forma que, si el referéndum arroja un resultado favorable al representante, en principio, éste tiene derecho a seguir ejerciendo su magisterio por el resto del período, pero, si por el contrario, es proclamado el resultado de la consulta al cuerpo electoral, como favorable a la revocación del mandato, el artículo 72 de la Constitución vigente establece expresamente que “se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en la Constitución y las Leyes”.

La referida disposición constitucional instituye, entonces, dos aspectos fundamentales: i) la revocación del mandato por vía de referéndum de todos los cargos y magistraturas de elec-

ción popular, produce la falta absoluta de los mismos, y ii) en cuyo caso, debe procederse de inmediato a cubrir la vacante, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y las leyes.

En tal sentido, advierte esta Sala que, en caso de revocatoria del mandato del Presidente o Presidenta de la República, la falta absoluta del mismo será cubierta de inmediato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 233 de la Constitución ...

d. *La destitución del Presidente de la República*

Dentro de los supuestos de faltas absolutas del Presidente de la República, está la destitución decretada por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia (art. 233).

Esta norma es una innovación de la Constitución de 1999, ya que fue sólo en la Constitución de 1858 que se previó la figura de la “destitución” del Presidente de la República (art. 92), pero sin indicar el órgano que tenía el poder de decidir la destitución de algún titular de algún órgano del Poder Público.

La Constitución de 1999, por otra parte, no indica ni las causales de destitución, ni la iniciativa para iniciar un proceso tendiente a la destitución. Por ello, tratándose de una sanción, para que el Tribunal Supremo pudiera imponer esta pena, sería necesario que previamente y mediante Ley, se establezca el delito, la falta o la infracción que la origine (art. 49,6). En todo caso, debe garantizarse al Presidente de la República el debido proceso (art. 49).

La pena de destitución, por supuesto, también se configura como una falta absoluta del Presidente de la República, rigiéndose la situación conforme a los principios antes analizados (Véase lo señalado en el punto II,1).

e. *La incapacidad del Presidente de la República*

El artículo 233 de la Constitución también considera que habría una falta absoluta del Presidente de la República, cuando la Asamblea Nacional apruebe la certificación que emita una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia, en la cual se determine que el Presidente de la República tiene incapacidad física o mental permanente para ejercer el cargo.

Para que pueda darse este supuesto de falta absoluta, por tanto, se requiere:

Primero, que exista una iniciativa ante la Corte Suprema de Justicia para que ésta designe una junta médica para que certifique sobre la incapacidad. Nada se indica en la Constitución sobre el número de médicos que deben formar la Junta; ni sobre quien tiene la iniciativa, ó si el Tribunal Supremo puede ejercer de oficio esta facultad de designación.

Segundo, luego de que la junta médica certifique la incapacidad del Presidente de la República, ello debe ser aprobado por la Asamblea Nacional. La Constitución nada indica sobre el quórum para esta aprobación ni dispone votación calificada alguna.

En este supuesto de declaratoria de incapacidad física o mental del Presidente, también se produciría una falta absoluta del Presidente de la República, en cuyo caso rige lo antes señalado (Véase lo señalado en el punto II,1).

f. *La renuncia del Presidente de la República*

Otra causal que originaría una falta absoluta del Presidente de la República es su renuncia al cargo, es decir, la separación voluntaria del cargo de Presidente de la República.

Tratándose de un supuesto de falta absoluta (art. 233), también rigen los principios antes indicados (Véase lo señalado en el punto II,1).

g. *La muerte del Presidente de la República*

El artículo 233 de la Constitución también considera que se produciría una falta absoluta con la muerte del Presidente de la República, en cuyo caso debería procederse como se indicó anteriormente (Véase lo señalado en el punto II,1) respecto a las faltas absolutas.

C. La cesación del mandato del Presidente de la República por decisión de una Asamblea Nacional Constituyente

Entre los mecanismos de reforma constitucional, previstos en la Constitución, los artículos 347 y siguientes, conforme a la experiencia de hecho derivada de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, se reguló la figura de la Asamblea Nacional Constituyente la cual, como es sabido, no estaba contemplada en la Constitución de 1961.

De acuerdo con estas normas, resulta el siguiente régimen relativo a tal Asamblea Nacional Constituyente:

Primero, se declara que el pueblo “es el depositario del poder constituyente originario”; en consecuencia, no puede haber ningún otro órgano o institución del Estado, ni siquiera una Asamblea Nacional Constituyente, que pretenda erigirse en poder constituyente originario, como sucedió con la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 (art. 347).

Segundo, el pueblo, en ejercicio del poder constituyente originario, “puede convocar” una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución (art. 347). Esta convocatoria sólo puede hacerla “el pueblo”, y este sólo puede expresarse mediante una votación popular, en este caso, mediante un referendo decisorio cuyas condiciones de realización, sin embargo, no están reguladas totalmente en la Constitución.

Tercero, “la iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente” la pueden tener, en primer lugar, el Presidente de la República en Consejo de Ministros; en segundo lugar, la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; en tercer lugar, los Concejos Municipales en Cabildo, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos (existen 338 Municipios aproximadamente) y, en cuarto lugar, el 15% de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral (art. 348) (aproximadamente 1.5 millones).

Debe entenderse que, en este caso, se trata de la iniciativa para la convocatoria del referendo decisorio para que el pueblo se pronuncie sobre la convocatoria de la

Asamblea Nacional Constituyente. El referendo decisorio, por tanto, debe contener las bases del estatuto de la Asamblea cuya elección debe convocarse, de resultar positivo la votación en el referendo. No tendría sentido interpretar esas normas deduciendo que se pueda convocar una Asamblea Nacional Constituyente al margen del pueblo.

Cuarto, “los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente” (art. 349). Esto podría implicar, aún cuando con discusión sobre la adaptación al sentido de la regulación constitucional, por ejemplo, la posibilidad de que la Asamblea Nacional Constituyente pueda decidir la cesación en el ejercicio de sus cargos del Presidente de la República y de todos los otros titulares de los poderes constituidos, como ocurrió de facto, con la Asamblea Nacional Constituyente de 1999. En consecuencia, estableciéndose que los poderes constituidos, entre ellos el Presidente de la República, no pueden en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente, una de esas decisiones podría ser esa cesación del mandato de los órganos de los poderes constituidos, lo que en caso de efectuarse podría ser otra forma de terminación del mandato del Presidente de la República.

Quinto, la nueva Constitución que adopte la Asamblea, no puede ser objetada por el Presidente de la República y la nueva Constitución, una vez promulgada, debe publicarse en la *Gaceta Oficial* (art. 349). No se dispone en la Constitución que la nueva Constitución deba ser sometida a referendo aprobatorio.

2. La experiencia sobre el referendo revocatorio presidencial de 2004: o de cómo un referendo revocatorio fue inconstitucionalmente convertido en un “referendo ratificatorio”

El 15 de agosto de 2004 se efectuó en Venezuela un referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, Hugo Chávez Frías, quien había sido electo en agosto de 2000 con una votación de 3.757.774 electores. En dicho referendo, votaron a favor de la revocatoria de su mandato 3.989.008 electores, es decir, un número mayor que aquellos que lo eligieron, por lo que conforme al artículo 72 de la Constitución, se debía considerar revocado su mandato y se debía proceder de inmediato a realizar una elección para cubrir la falta absoluta que se había producido.

Dicho referendo revocatorio del mandato presidencial, sin embargo, por una interpretación del Consejo Nacional Electoral, evidentemente contraria a la Constitución, contenida en una norma de un acto administrativo, y luego, por una frase inserta en una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, fue convertido, de golpe, en un “referendo ratificatorio” del mandato del Presidente de la República, sin asidero constitucional alguno.

En efecto, el artículo 72 de la Constitución dispone:

Artículo 72. Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables.

Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspon-

diente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.

Cuando igual o mayor número de electores o electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocación, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores o electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores o electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en la ley.

La revocación del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley.

Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato⁸⁰⁶.

Como se observa, esta norma regula con cierta precisión el mecanismo para hacer efectivo el sistema de gobierno de mandatos revocables que establece la Constitución; pero dadas las interpretaciones de la Sala Constitucional, su texto ha resultado inocuo y trastocado.

A. El gobierno de mandatos revocables

El artículo 6 de la Constitución de 1999 establece que el gobierno de la República y de las entidades políticas que la componen, es decir, básicamente, de los Estados y de los Municipios, “es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y *de mandatos revocables*”.

Debe recordarse que el calificativo del gobierno como “representativo”, que siempre había estado en todas las Constituciones de los Siglos XIX y XX, fue deliberadamente eliminado de la Constitución en 1999 con base en un discurso político supuestamente de carácter “participativo”⁸⁰⁷; y, en cambio, se estableció la revocación de los mandatos de elección popular como de la esencia del sistema de gobierno de Venezuela y, además, como un derecho ciudadano. Por ello, el artículo 62 de la Constitución establece el derecho de los ciudadanos a participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos; el artículo 70 de la Constitución enumera los “medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, *la revocación del mandato*, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros”; y el artículo 72 antes citado, regula específicamente el referendo revocatorio de mandatos de iniciativa popular.

Adicionalmente, el artículo 198 de la Constitución establece cuáles son los efectos de la revocatoria del mandato de los diputados a la Asamblea Nacional, disponiendo que aquellos cuyo mandato fuese revocado no pueden optar a cargos de elección popular en el siguiente período; y el artículo 233 enumera como causa de falta absoluta del Presidente de la República “*la revocación popular de su mandato*”.

806 Destacados del autor. Sobre la Constitución de 1999 V. Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, 2 Tomos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004.

807 V. nuestro voto salvado en relación con esta norma en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Caracas 1999, pp. 237 y 252

La revocatoria del mandato de los representantes electos, por tanto, conforme lo ha establecido la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, es un mecanismo constitucional de “participación política del soberano en los asuntos que le conciernen”, que exige al juez interpretar el ordenamiento jurídico, adaptando sus normas “a los valores, principios y reglas que pauta el nuevo Texto Fundamental, que resulta ser la guía orientadora en toda labor hermenéutica progresiva y ajustada a los nuevos valores de nuestro ordenamiento”⁸⁰⁸.

B. La petición popular para la realización del referendo revocatorio de mandatos de elección popular

En coincidencia con lo dispuesto en el artículo 70 de la Constitución, que identifica como uno de los medios de participación en lo político a “la revocación del mandato”; el artículo 72 de la Constitución regula el mecanismo del referendo revocatorio de mandatos de elección popular, disponiendo que en virtud de que todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables (art. 6), transcurrida la mitad del periodo para el cual fue elegido un funcionario, un número no menor del 20% de los electores inscritos en la correspondiente circunscripción electoral al momento de formular la solicitud, puede solicitar la convocatoria de un referendo para revocar dicho mandato.

En ausencia de una normativa legal que desarrollara el texto del artículo 72 de la Constitución, el Consejo Nacional Electoral en septiembre de 2003, con motivo de rechazar una solicitud de referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República (“El Firmazo”), mediante Resolución n° 030912-461 de fecha 12 de septiembre de 2003, resumió lo que consideró era la doctrina de la Sala Constitucional⁸⁰⁹ sobre los requisitos mínimos de orden formal que se requerían para ejercer el *derecho constitucional al referendo revocatorio*, los cuales pueden ser resumidos como sigue:

a) Está sujeto a un límite de naturaleza temporal como es, sin duda, que el derecho al referendo revocatorio sólo puede ejercerse una vez que haya transcurrido la mitad del periodo del funcionario cuya revocación se persigue;

b) Entre los requisitos formales de la solicitud, como formas esenciales que se deben cumplir inexorablemente, como “imprescindibles”, está la exigencia de que la petición o solicitud de revocación exprese con precisión “el nombre y apellido del funcionario cuestionado y el cargo para el cual fue elegido popularmente, con indicación de la fecha de toma de posesión efectiva del mismo”;

c) Teniendo el referendo revocatorio como único origen la *iniciativa popular*, el derecho al referendo revocatorio tiene como titulares a los ciudadanos integrantes del cuerpo electoral, por lo que la solicitud debe ir acompañada, “de los nombres y apellidos, números de cédula de identidad y las firmas respectivas”, para que sean verificadas por el Consejo Nacional Electoral, el cual debe constatar, a través de la Comisión de Registro Civil y Electoral, “la de-

808 V. la sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, n° 170 de 22 de diciembre de 2000 (Caso: *Club Social Layalina*), en *Revista de Derecho Público*, n° 84 (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 49 y ss.

809 Sentada en la sentencia n° 1139 de 05-06-2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón y William Dávila*), *Revista de Derecho Público*, n° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 164 y ss.

bida inscripción de los electores y electoras que figuran como solicitantes de la revocación del mandato en el Registro Electoral de la correspondiente circunscripción, pues, es éste el único organismo autorizado para verificar tales datos”;

d) La solicitud debe formularse ante el Consejo Nacional Electoral;

e) La actividad del Consejo Nacional Electoral se ciñe a verificar las reglas del artículo 72 de la Constitución, con lo cual tiene prohibido cualquier “margen de discrecionalidad que autorice al Consejo Nacional Electoral a emitir pronunciamiento alguno sobre el mérito o conveniencia de la solicitud”; y

f) El Consejo Nacional Electoral no puede “establecer -en las normativas de carácter sublegal que dicte nuevas condiciones para la procedencia de la revocación del mandato, no contempladas en el marco constitucional vigente”.

La materia, sin embargo, fue regulada días después por el mismo Consejo Nacional Electoral en la Resolución n° 030925-465 de 25 de septiembre de 2003, mediante la cual se dictaron las “Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular”⁸¹⁰, en las cuales, en nuestro criterio, se vulneró el derecho a la participación política consagrado en la Constitución, pues antes que facilitar su ejercicio, se establecieron trabas y requisitos que afectaron su ejercicio y lo limitaron más allá de lo permitido en la Constitución.

Estas limitaciones afectaron el ejercicio del derecho de petición de los electores, pues sin fundamento constitucional alguno, establecieron entre otras cosas, que las firmas en respaldo de la petición de los referendos sólo podían estamparse en un formulario preestablecido en papel especial diseñado por el Consejo Nacional Electoral; que dichas firmas sólo se podían estampar en unos lugares precisos y en un plazo de sólo unos días preestablecidos, eliminándose además, el derecho de aquellos ciudadanos que estuviesen fuera del país de poder respaldar con su firma la petición. Posteriormente, en forma sobrevenida, con motivo de la presentación de una solicitud de revocatoria de mandato del Presidente de la República (“El Reafirmazo”), el Consejo Nacional Electoral estableció en una nueva Resolución⁸¹¹, requisitos formales adicionales, como el que la inscripción de los datos de los solicitantes debían ser escritos de puño y letra de cada uno de ellos, lo que llevó al cuestionamiento de un número considerable de peticiones (“Los Reparos”)⁸¹².

Es de advertir que la manifestación de voluntad de respaldo a una solicitud de referendo revocatorio es un derecho constitucional que todos los ciudadanos tienen a la participación política, el cual no puede restringirse ni siquiera por ley, por lo que menos aún puede restringirse mediante actos reglamentarios, como el contenido en la mencionada Resolución. Así lo había afirmado la Sala Constitucional del Tribunal

810 G.O. n° 37.784 del 26 de septiembre de 2003.

811 Resolución n° 040302-131 del Consejo Nacional Electoral de 2 de marzo de 2004.

812 Del total de 3.467.050 firmas o peticiones presentadas, fueron objetadas 876.017 firmas aproximadamente. La antes indicada, que estableció en forma sobrevenida los señalados requisitos, fue impugnada ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo, la cual la anuló; pero la Sala Constitucional del mismo Tribunal Supremo, a su vez, al conocer de un recurso de revisión y de una posterior solicitud de avocamiento al conocimiento de la causa, la admitió y anuló la sentencia de la Sala Electoral. Se produjo, así, el secuestro de la Sala Electoral y la confiscación del derecho a la participación política de los ciudadanos. V. Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Electoral vs. 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)*, Ediciones El Nacional, Caracas, 2004.

Supremo de Justicia en sentencia n° 321 de 22-02-2002, en la cual señaló que las limitaciones a los derechos constitucionales “derivan por sí mismas del texto constitucional, y si el legislador amplía el espectro de tales limitaciones, las mismas devienen en ilegítimas”. Por tanto, la condición de ciudadano y el ejercicio de los derechos políticos de los mismos no pueden restringirse a sólo unos días; y esa condición no se pierde, en forma alguna, por encontrarse la persona fuera del país.

C. La ilegítima transformación por la Sala Constitucional, del referendo revocatorio de mandatos en un referendo de “ratificación” de mandatos

Como antes se ha señalado, en el artículo 72 de la Constitución se establece que para que un referendo revocatorio sea válido, no sólo se requiere que al menos el 20% de los electores inscritos en la circunscripción de que se trate solicite la convocatoria a referendo; sino que, al menos, participe en el referendo un 25% de los electores inscritos.

Como lo ha dicho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia n° 2750 de 21 de octubre de 2003, con estos porcentajes mínimos para solicitar el referendo y para que pueda tomarse en cuenta el resultado del mismo, un referendo revocatorio “aunque hubiera sido convocado correctamente, no tendrá valor alguno si existe escasa participación”; lo que tiene por objeto “evitar que pueda ser revocado el mandato de un funcionario electo con base en el resultado de un referendo con alta abstención”.

En cuanto a los votos necesarios para que se produzca la revocatoria del mandato, la Sala Constitucional en la misma sentencia señaló:

El artículo 72 también dispone que sólo se revocará el mandato del funcionario *si votan a favor* de ello al menos una cantidad de personas igual al número de quienes lo eligieron en su momento, como una manera de impedir que funcionarios que alcanzaron su puesto con altos porcentajes de apoyo popular puedan perderlo por simple mayoría⁸¹³.

En consecuencia, a los efectos de que se produzca la revocatoria del mandato, se requiere, en *primer lugar*, que se produzca un quórum de asistencia consistente en que concurran al referendo un número de electores igual o superior al 25% de aquellos que estén inscritos en el registro civil y electoral. Sobre esto, la Sala Constitucional en la antes referida sentencia n° 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*) ha interpretado:

Que el quórum mínimo de participación efectiva en el referéndum revocatorio, debe estar representado necesariamente -por lo menos-, por el 25% de los electores inscritos en el Registro Electoral de la circunscripción correspondiente para el momento de la celebración de los comicios referendarios⁸¹⁴.

En *segundo lugar*, se requiere que voten a favor de tal revocatoria un número de electores inscritos en el Registro Electoral para el momento de la celebración del

⁸¹³ Caso: *Carlos E. Herrera Mendoza*, Interpretación del artículo 72 de la Constitución, en *Revista de Derecho Público*, n° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003.

⁸¹⁴ En *Revista de Derecho Público*, n° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 165 y ss. Este criterio fue ratificado en la sentencia n° 137 de 13-02-2003 (Caso: *Freddy Lepage y otros*), en *Revista de Derecho Público*, n° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 221 y ss.

referendo, igual o mayor de los que eligieron al funcionario. En el caso del referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República ocurrido el 15 de agosto de 2004 bastaba, para la revocatoria del mismo, que votaran a favor de tal revocatoria un número de electores igual o mayor a 3.757.774, que había sido el número de votantes que lo habían elegido en agosto de 2000.

Sobre ello, la Sala Constitucional precisó en la misma sentencia n° 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón y William Dávila*) que:

La revocación del mandato no es producto de la arbitrariedad, sino una consecuencia lógica que se deriva del principio de soberanía popular, pues, por ser el pueblo soberano, puede ejercer el poder con la finalidad de dejar sin efecto el mandato de sus representantes elegidos popularmente, que han dejado de merecerles confianza, por haberse desempañado en el ejercicio de sus funciones de forma inconveniente o contraria a los intereses populares o del Estado en general, quienes quedan entonces sometidos a la decisión del cuerpo electoral.

Siendo así las cosas, considera la Sala que el requerimiento del constituyente de 1999, cuando estableció en el segundo aparte del artículo 72, determinadas condiciones cuantitativas para que se considere revocado el mandato del funcionario electo, tiene como propósito demostrar fehacientemente la veracidad de los resultados obtenidos en el referéndum revocatorio ejecutado, de manera que no haya duda sobre la pérdida tan grave de popularidad del funcionario que deviene en ilegítimo, y la desaprobación de su gestión, por lo que resulta lógico que se exija que su revocación se produzca en virtud de la misma cantidad de votos, e incluso uno más, de los que previamente lo favorecieron cuando quedó investido del cargo público que ejercía, siempre que un quórum mínimo considerable de electores inscritos en el Registro Electoral hayan concurrido a desaprobar la gestión del mandatario cuestionado.

Según los planteamientos anteriores, interpreta la Sala que el quórum mínimo de participación efectiva en el referéndum revocatorio, debe estar representado necesariamente -por lo menos-, por el 25% de los electores inscritos en el Registro Electoral de la circunscripción correspondiente para el momento de la celebración de los comicios referendarios, y además, que la votación favorable a la revocación debe ser igual o mayor que la que el funcionario obtuvo cuando fue electo, sin que puedan someterse tales condiciones numéricas a procesos de ajuste o de proporción alguno.

En consecuencia, conforme a esta doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional y a la expresa disposición constitucional, se produce la revocación de un mandato de elección popular como consecuencia de un referendo revocatorio, cuando “la votación favorable a la revocación [sea] igual o mayor que la que el funcionario obtuvo cuando fue electo”. Y nada más.

Se trata de un referendo revocatorio de mandatos de elección popular y no de un referendo “ratificatorio” de tales mandatos, el cual no existe en el texto constitucional. Este no regula plebiscito alguno, sino un referendo revocatorio de mandatos; y precisamente por ello, nada indica la Constitución para el caso de que si bien voten a favor de la revocatoria de un mandato un número de electores superior al número de votos que obtuvo el funcionario cuando fue electo, paralelamente, en dicha votación referendaria se pronunciaren por la no revocación, un número mayor de votos. Ello podría ocurrir, pero la Constitución no le atribuye a ese hecho efecto jurídico constitucional alguno, limitándose a regular los efectos revocatorios del referendo, y nada más.: basta que la votación a favor de la revocación del mandato sea igual o mayor que la que el funcionario obtuvo cuando fue electo, para que quede el mandato revocado. Y ello es así, incluso a pesar de que el Registro Electoral haya variado con el transcurso del tiempo.

Sin embargo, de manera evidentemente inconstitucional, en las *Normas para regular los procesos de Referendos Revocatorias de mandatos de Elección Popular* dictadas por el Consejo Nacional Electoral mediante acto administrativo de 25 de septiembre de 2003⁸¹⁵, si bien se estableció que se considera revocado el mandato “si el número de votos a favor de la revocatoria es igual o superior al número de los electores que eligieron al funcionario”, se agregó la frase: “**y no resulte inferior al número de electores que votaron en contra de la revocatoria**” (Art. 60). Con este agregado, en una norma contenida en un acto administrativo que por tanto es de rango sublegal, se restringió el derecho ciudadano a la revocatoria de mandatos populares, al establecerse un elemento que no está en la Constitución relativo a los efectos del voto por la “no revocación”. Con ello se pretendió trastocar la naturaleza “revocatoria” del referendo que regula el artículo 72 de la Constitución, y se lo quiso convertir en un referendo “ratificatorio” de mandatos de elección popular.

Lo inaudito de este fraude constitucional, es que dicho criterio luego sería avalado por la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo en una frase contenida en la sentencia n° 2750 de 21 de octubre de 2003 (Caso: *Carlos E. Herrera Mendoza, Interpretación del artículo 72 de la Constitución*), en la cual señaló que:

Se trata de una especie de relegitimación del funcionario y en ese proceso democrático de mayorías, incluso, si en el referendo obtuviese más votos la opción de su permanencia, debería seguir en él, aunque voten en su contra el número suficiente de personas para revocarle el mandato⁸¹⁶.

Se trataba, en efecto, de una simple “apreciación” de la Sala Constitucional, sobre un criterio de que el funcionario revocado constitucionalmente, sin embargo, en esa circunstancia “debería” permanecer en el cargo. En el texto de la sentencia, además, nada se dijo de que se tratara de una “interpretación vinculante” de la Constitución.

En un referendo revocatorio no puede haber votos “por la permanencia” del funcionario en el cargo; lo que hay son votos por la revocatoria o por la no revocatoria del mandato; es decir, hay votos SI o votos NO. Los votos por la no revocatoria del mandato son votos negativos (NO); y un voto negativo “por la no revocatoria” del mandato no puede ser convertido en un voto positivo (SI) “por la permanencia” del funcionario en su cargo o por la “ratificación del mandato”. Ello sería cambiar la naturaleza del referendo revocatorio, lo que efectivamente ocurrió en Venezuela en agosto de 2004.

En efecto, en esa frase de la sentencia antes citada, la Sala Constitucional cambió la naturaleza de la revocación del mandato, y lo convirtió en un mecanismo para “relegitimar” o para “ratificar” mandatos de elección popular, cuando ello no fue la intención del Constituyente. Lo que la Constitución regula es la revocatoria popular de mandatos, y para ello, lo único que exige en materia de votación es que un número “igual o mayor de electores que eligieron al funcionario hubieren votado a favor de la revocación”.

Es tan evidente que la citada sentencia modificó la Constitución, que con ocasión de la realización del referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República que se efectuó el 15 de agosto de 2004, e independientemente de las denuncias

815 Resolución n° 030925-465 de 25-09-2003

816 En *Revista de Derecho Público*, n° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 229-231

que se formularon en relación a los manejos fraudulentos que acompañaron el proceso de votación, y que se formularon ante el Consejo Nacional Electoral, este órgano, mediante Resolución n° 040826-1118 de 26 de agosto de 2004, no sólo dio los datos definitivos de la votación efectuada en el referendo revocatorio, sino que acordó “ratificar” al Presidente de la República en su cargo en “acto solemne”, hasta la terminación del período constitucional en enero de 2007.

En efecto, en la *página web* del Consejo Nacional Electoral del día 27 de agosto de 2004, apareció la siguiente nota en la cual se informaba que:

El Presidente del Consejo Nacional Electoral, Francisco Carrasquero López, se dirigió al país en cadena nacional para anunciar las cifras definitivas y oficiales del evento electoral celebrado el pasado 15 de agosto, **las cuales dan como ratificado en su cargo al Presidente de la República**, Hugo Rafael Chávez Frías, con un total de 5 millones 800 mil 629 votos a favor de la opción “No”.

En la contienda electoral participaron 9 millones 815 mil 631 electores, de los cuales 3.989.008 se inclinaron por la opción “Sí” para revocar el mandato del Presidente Chávez. La totalización arrojó que la opción “No” alcanzó el 59,25% de los votos, mientras el “Sí” logró el 40,74% del total general, y la abstención fue del 30,02%.

Vale destacar que para estos comicios el Registro Electoral se incrementó significativamente, alcanzando un universo de 14.027.607 de electores con derecho a sufragar en el RR.

Con base en la expresión de la voluntad popular, el Consejo Nacional Electoral, este viernes 27 de agosto, **ratificará en la Presidencia de la República** Bolivariana de Venezuela a Hugo Chávez Frías, quien culminará su período constitucional en el año 2006.

De la información contenida en dicha nota, resultaba claro que los electores que votaron por la revocatoria del mandato del Presidente, que fueron 3.989.008, constituían un número mayor que el de los electores que en su momento habían elegido al Presidente, que fueron 3.757.774, lo que conforme al texto expreso del artículo 72 de la Constitución bastaba para que se considerara revocado el mandato. Sin embargo, en la misma nota, y al contrario de lo que se establecía en la Constitución, se consideraba que con la referida votación el Presidente de la República habría sido “ratificado” en su cargo.

Además, siguiendo la orientación de esta nota, el Consejo Nacional Electoral en la mencionada Resolución n° 040826-1118 de 26 de agosto de 2004, resolvió “publicar los resultados de la totalización de actas de escrutinio correspondiente al referendo revocatorio presidencial, celebrado el 15 de agosto de 2004”; siendo su texto leído en el acto solemne efectuado en la sede de dicho organismo el día 27 de agosto de 2004. En dicha Resolución, que sólo fue publicada días después en *Gaceta Electoral* del 30 de agosto de 2004⁸¹⁷, el Consejo Nacional Electoral publicó “los resultados de la totalización de Actas de Escrutinio correspondientes al referendo revocatorio presidencial celebrado el 15 de agosto de 2004”, indicando que los votos por la opción SI, es decir, por la revocatoria del mandato del Presidente de la República fueron de 3.989.008 votos; y que los votos por la opción NO fueron de 5.800.629 votos. El Presidente de la República, como se dijo, había sido electo en agosto de 2000 con 3.757.774 votos, por lo que conforme al artículo 72 de la Constitución su mandato había quedado revocado.

817 *Gaceta Electoral* n° 210 de 30-08-2004.

Sin embargo, el Consejo Nacional Electoral en la mencionada Resolución de 26 de agosto de 2004, señaló que vistos los resultados de la votación señalados,

[Con] con fundamento en el artículo 20 de las Normas para la Totalización y Proclamación de los Resultados del Referendo Revocatorio Presidencial del 15 de agosto de 2004 y *especialmente, con atención a lo dispuesto en la doctrina vinculante con el artículo 72 de la Constitución de la República establecida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia de fecha 21 de octubre de 2001*, el Consejo Nacional Electoral *hace constar que el mandato popular del ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías, titular de la cédula de identidad n° 4.258.228, como Presidente de la República de la República, ha sido ratificado por el pueblo venezolano en la jornada electoral del 15 de agosto pasado y, por consiguiente, el mencionado ciudadano tiene derecho a ocupar y ejercer el señalado cargo público, hasta la culminación del actual periodo constitucional*".

Con esta Resolución, puede decirse que se consolidó el fraude constitucional que había ido configurándose, al trastocarse una "revocación de mandato" en una supuesta "ratificación de mandato" de un funcionario que había quedado constitucionalmente revocado.

Además, la propia Asamblea Nacional participó en la configuración del fraude constitucional, y en la misma fecha 27 de agosto de 2004 realizó una sesión solemne para entregarle al Presidente de la República, un "Acuerdo de la Asamblea Nacional sobre ratificación del Presidente de la República", en uno de cuyos Considerandos se afirmó:

Que el resultado del proceso refrendario ha expresado de manera clara e inequívoca *la ratificación del mandato* del Presidente Constitucional Hugo Chávez Frías, representando una incuestionable victoria democrática de la voluntad mayoritaria del pueblo heroico del Libertador Simón Bolívar, en el esfuerzo colectivo para consolidar y profundizar la revolución democrática, pacífica, la justicia social y la autodeterminación nacional, proceso y proyecto político comprometido con el logro de los fines y propósitos contenidos en la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela.

D. Los efectos de la revocatoria del mandato

Pero el trastocamiento del sentido de la revocación de mandatos en la Constitución, tanto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo como por el Consejo Nacional Electoral, no sólo ha ocurrido al cambiarse la naturaleza "revocatoria" del referendo por una supuesta "ratificación" de mandatos; sino que además se ha evidenciado por las imprecisiones interpretativas de la mencionada Sala Constitucional del Tribunal Supremo.

En efecto, en caso de que se produzca la revocatoria del mandato de un funcionario electo, los efectos de tal revocatoria es que debe procederse de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en la Constitución y en la Ley. Si se trata de un Diputado a la Asamblea Nacional, debería realizarse una nueva elección, pero la Sala Constitucional ha determinado que lo sustituye su suplente por el resto del período⁸¹⁸. En caso de que no existan suplentes, por supuesto que debería efectuarse una nueva elección.

818 Sentencia de 05-06-2003 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila*).

En relación con el Presidente de la República, la forma de proceder para cubrir la falta absoluta que se produciría con la revocación del mandato, conforme al artículo 233, varía según que ésta ocurra durante los primeros cuatro años de los seis del período constitucional o durante los dos últimos: En el primer caso, debe procederse a una nueva elección presidencial para que quien resulte electo *complete* el período constitucional por los dos años restantes; y en el segundo caso, el Vicepresidente Ejecutivo es quien debe asumir la Presidencia hasta completar dicho período.

Ahora bien, la revocación del mandato de cargos de elección popular, sin duda, confronta claramente dos derechos constitucionales. Por una parte, el derecho individual de cada ciudadano a ser postulado como candidato y ser electo popularmente para cargos o mandatos representativos; y por la otra, el derecho colectivo de los ciudadanos a revocar el mandato de aquellos a quienes el pueblo eligió.

El juez constitucional y, en general, el intérprete, por tanto, al momento de considerar los efectos de la revocatoria del mandato, tiene que poner en la balanza judicial ambos derechos, y determinar cuál tiene mayor valor en caso de conflicto o duda. Ya que, en una democracia puramente representativa, quizás el derecho del representante podría privar; pero en una democracia que además de ser representativa, la participación popular como derecho constitucional tiene un valor preponderante, sin duda que el derecho colectivo del pueblo soberano de revocar el mandato de los elegidos tiene que tener un mayor valor.

Esto tiene particular importancia en cuanto a los efectos de la revocación del mandato. Este es un acto político del pueblo en rechazo a un funcionario, desalojándolo del ejercicio de su cargo; razón por la cual, como sanción popular que es, ello tendría que impedir que el funcionario revocado pueda presentarse de nuevo como candidato al mismo cargo en las elecciones subsiguientes para completar el período constitucional que le habría sido truncado por el pueblo.

Ahora bien, en cuanto a los efectos de la revocatoria de los mandatos, en lo que se refiere a la revocación del mandato de los diputados a la Asamblea Nacional, la Constitución es explícita en cuanto a la determinación de los efectos de la revocatoria, al señalar expresamente que el diputado revocado “no podrá optar a cargos de elección popular en el siguiente período” (art. 198). Sin embargo, nada indica la Constitución sobre los efectos de la revocación del mandato en el caso del Presidente de la República y de los otros funcionarios electos, como son los Legisladores miembros de los Consejos Legislativos estatales, los Concejales miembros de Concejos Municipales, o los Gobernadores y Alcaldes. En estos casos, sin embargo, lo cierto es que el intérprete tiene que considerar la existencia de los dos derechos constitucionales antes señalados y que se encontrarían confrontados. Por una parte, el derecho político colectivo de los ciudadanos a revocarle el mandato a los funcionarios de elección popular, incluido el Presidente de la República; y por la otra, el derecho político individual de éste a ser electo; conflicto en el cual la balanza se tendría que inclinar, sin duda, a favor del derecho político colectivo de los ciudadanos a revocarle el mandato, lo que acarrearía lógicamente que el funcionario revocado no podría presentarse como candidato en la elección que resultara necesario

hacer para que un “nuevo Presidente” complete el período constitucional correspondiente⁸¹⁹. Pues de lo contrario se estaría configurando otro fraude a la Constitución.

E. La incertidumbre construida por la Sala Constitucional para eliminar el carácter del gobierno como de mandatos revocables

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sin duda, es la llamada a resolver el conflicto entre los dos derechos antes indicados; y acorde con los valores y principios constitucionales, descartar la posibilidad de que un Presidente de la República cuyo mandato haya sido revocado, pudiera ser candidato en la elección que debiera realizarse como consecuencia de la revocatoria de su mandato. Estas nuevas votaciones deberían tener por objeto elegir a un nuevo Presidente para completar el mandato del revocado, dándole primacía al derecho político colectivo de los ciudadanos a la revocación del mismo, como manifestación de la democracia de participación consagrada en la Constitución, y del gobierno de mandatos revocables que ella establece⁸²⁰.

Lamentablemente, sin embargo, la Sala Constitucional, en esta materia, no sólo no ha sido el máximo interprete de la Constitución acorde con sus valores y principios, sino que más bien ha sido complaciente con el Poder, lo que ha quedado en clara evidencia a través de sus sucesivas decisiones en la materia.

En efecto, dado el silencio de la Constitución, la Sala Constitucional comenzó estableciendo en su sentencia n° 2404 de 28 de agosto de 2003 (Caso: *Exssel Ali Betancourt Orozco, Interpretación del artículo 72 de la Constitución*), que en el supuesto de la revocatoria del mandato del Presidente de la República, en la elección del nuevo Presidente:

Evidentemente no podría participar dicho funcionario (revocado), pues cualquier falta absoluta del Presidente implica la separación del cargo y la consecuente sustitución del mismo. Lo contrario supondría una amenaza de fraude a la soberanía popular⁸²¹.

El texto de esta sentencia, sin embargo, fue desconocido posteriormente por la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo, de manera por demás insólita, ya que su contenido fue publicado por el Tribunal Supremo y dada a conocer a los medios de comunicación, pero no llegó a ser publicada en la *página web* del Tribunal Supremo. Así, la Sala Constitucional, en una inusual “Aclaratoria” emitida de oficio en fecha 1° de septiembre de 2003, *desconoció lo expresado en el fallo*, considerando el tema como no decidido. El texto de la “Aclaratoria”, sin embargo, luego de haber sido incorporada en la *página web* del Tribunal Supremo, fue posteriormente eliminado de la misma, y tiene el tenor siguiente:

ACLARATORIA; El 28 de agosto de 2003 esta Sala Constitucional, en el expediente 03-0763, pronunció sentencia n° 2404, en la que declaró inadmisibile el recurso de interpretación

819 V. las declaraciones de Allan R. Brewer-Carías, “El derecho de los ciudadanos a revocar priva sobre la candidatura de Chávez”, dadas al periodista Edgar López, *El Nacional*, Caracas 11-06-2004, pp. A-1 y A-4.

820 Nótese que la Constitución de 1999 sustituyó el calificativo de “gobierno representativo” que contenía el artículo 3 de la Constitución de 1961 por el de “gobierno de mandatos revocables” que contiene el artículo 6, equivalente, en la Constitución de 1999.

821 V. la reseña del periodista Edgar López, *El Nacional*, Caracas, 04-01-2004, p. A-2

que interpuso el ciudadano EXSSEL ALÍ BETANCOURT OROZCO, en relación con el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Como se observa que en el texto de dicha decisión aparecen expresiones que erróneamente pudieran entenderse como una definitiva interpretación de la norma constitucional que se mencionó (art. 72) en el punto que requirió el solicitante, la Sala de oficio aclara y decide que, por cuanto la pretensión del actor fue declarada inadmisibile, los alcances de dicho fallo n° 2404 quedan estrictamente limitados y sujetos al pronunciamiento de inadmisibilidad, sin que, en consecuencia, puedan extenderse a otros aspectos de cualquier naturaleza que pudieran extraerse de la redacción del mismo, máxime cuando, equivocadamente, se invocan pronunciamientos precedentes que la Sala no ha hecho. Por otra parte, ante esta misma Sala cursa expediente número 02-3215 (solicitud hecha por el ciudadano Esteban Gerbasi), cuyo ponente es el Magistrado Dr. José Manuel Delgado Ocando, en el que corresponderá a la Sala Constitucional la decisión sobre si un funcionario de elección popular, a quien le sea revocado el mandato, podrá participar o no en un inmediato y nuevo comicio. Sépase, pues, que sólo en la oportunidad cuando recaiga sentencia que expresamente decida la interpretación del asunto que se refirió habrá certeza sobre el punto⁸²².

En las actas procesales del expediente, en todo caso, la única referencia que quedó relativa a este espinoso asunto, es un “Auto” de la Sala Constitucional del mismo día, 1° de septiembre de 2003, ordenando abrir una averiguación penal para establecer responsabilidades sobre el contenido de la sentencia que supuestamente no se correspondía con el texto del fallo que habían aprobado los Magistrados. Todo este incidente, que originó la apertura de una investigación criminal inusitada, la cual por supuesto, no ha concluido y seguramente no concluirá en nada, fue calificado, con razón, como una polémica “con características escandalosas”⁸²³.

Con el desconocimiento de su decisión por la propia Sala Constitucional, quedó abierta entonces la cuestión jurídica aún por resolver, sobre si un Presidente de la República revocado podría presentarse como candidato en la elección subsiguiente: No sólo la que debía efectuarse para completar el período constitucional si es revocado después de cumplir tres años de mandato pero antes de que se cumplan cuatro del período presidencial; sino en la elección para el período constitucional subsiguiente. El asunto, como se dijo, no esta resuelto expresamente en la Constitución, como sí lo esta respecto de la revocación de los mandatos de los diputados a la Asamblea Nacional⁸²⁴.

Posteriormente, el 10 de junio de 2004 ya se reseñaba sobre la existencia de una ponencia de sentencia que circulaba en la Sala Constitucional, de interpretación del artículo 72 de la Constitución, y que aparentemente no resolvía la duda que había quedado con el texto de la sentencia n° 2042 de 28-08-2003, (Caso *Exssel Ali Betancourt Orozco*), que había sido desconocido por la propia Sala Constitucional⁸²⁵.

822 El texto ha sido tomado de la cita que hizo el Magistrado Antonio J. García García en su voto salvado a la sentencia n° 1173 de 15-06-2004 (Caso: *Esteban Gerbasi*).

823 V. la reseña de Edgar López, *El Nacional*, Caracas, 04-01-2004, p. A-2.

824 El artículo 198 dispone que los diputados cuyo mandato fuera revocado no pueden optar a cargos de elección popular en el siguiente período.

825 V. la reseña de Edgard López en *El Nacional*, Caracas 10-06-2004; V. los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional vs. 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)*, Ediciones El Nacional, Caracas 2004, pp. 58-59.

Y así, conforme a ese anuncio, días después, la Sala Constitucional dictaría la sentencia n° 1173 de 15 de junio de 2004 (Caso: *Esteban Grebasi*) con motivo de la solicitud de interpretación del artículo 72 de la Constitución, en virtud de la duda razonable que el recurrente había alegado “consistente en saber si un funcionario cuyo mandato le fuere revocado con base en el citado artículo 72 puede optar a algún cargo de elección popular durante el siguiente período correspondiente”. El recurrente también había argumentado que la “prohibición de postulación a cargos de elección popular prevista en el artículo 198 de la Carta Magna” debía “entenderse comprendida dentro del alcance del artículo ... ya que resulta contrario a la razón y, en consecuencia, a toda regla lógica, que un funcionario cuyo mandato ha sido revocado por el propio pueblo que lo eligió opte inmediatamente a un cargo (al) que debe ser también elegido”; considerando que un funcionario, al serle revocado su mandato con fundamento en el mecanismo previsto en el artículo 72 de la Carta Magna, “pierde el derecho a ser elegido al mismo cargo del cual le ha sido revocado por mandato popular”.

La Sala Constitucional, para decidir, delimitó el ámbito de la solicitud en relación a “la duda existente en el ánimo del solicitante al interponer la presente acción de interpretación constitucional ... en saber si el Presidente de la República, dado el caso que se le revocara su mandato de conformidad con el mecanismo de participación política previsto en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, le sería aplicable la inhabilitación prevista en el artículo 198 *eiusdem*, respecto de los Diputados a la Asamblea Nacional”; pasando entonces a decidir interpretando “las disposiciones constitucionales en concordancia con el resto de la Carta Magna, considerada ésta *in totum*”.

La Sala Constitucional, después de argumentar sobre las técnicas de interpretación constitucional, recordó la “restricción para el empleo de la interpretación modificativa, contenida en el aforismo romano *favorabilia amplianda, odiosa restringenda*, según el cual las disposiciones de carácter prohibitivo deben ser interpretadas restrictivamente y aquéllas favorables a las libertades consagradas en el ordenamiento deben serlo extensivamente”, concluyendo que la interpretación en materia de derechos humanos debe “siempre hacerse conforme al principio de preeminencia de los derechos humanos, el cual, junto con los pactos internacionales suscritos y ratificados por Venezuela relativos a la materia, forma parte del bloque de la constitucionalidad”.

A continuación la Sala Constitucional analizó el artículo 233 de la Constitución, y estableció que la revocatoria del mandato otorgado al Presidente de la República, conforme al mecanismo previsto en el artículo 72 de la Carta Magna, generaría una falta absoluta de dicho funcionario, la cual debía ser cubierta de los modos siguientes:

- a. Si la revocatoria del mandato opera antes de concluido el cuarto año de su período constitucional (en el caso del corriente, de conformidad con lo señalado por esta Sala en sus sentencias núms. 457/2001 y 759/2001, del 5 de abril y 16 de mayo de 2001, respectivamente, casos: Francisco Encinas Verde y otros, y William Lara, en su orden; antes del 19 de agosto de 2004), tal falta sería cubierta por un nuevo Presidente de la República, resultante de una nueva elección universal, directa y secreta a realizarse dentro de los treinta (30) días consecutivos siguientes a la revocatoria, al cual correspondería concluir el período en curso; y

b. En el caso de que la revocatoria se produzca durante los últimos dos años del período constitucional (en el caso del presente período presidencial, si se produjera con posterioridad al 19 de agosto de 2004), la falta sería cubierta por el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, quien asumiría la Presidencia de la República hasta completar dicho período.

Luego de estos razonamientos, la Sala fue concluyente al afirmar que

Visto lo anterior, esta Sala observa que la revocatoria popular del mandato del Presidente de la República, de conformidad con los artículos 72 y 233 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, acarrea su falta absoluta en el *cargo y, por ende, su separación definitiva del mismo por el período correspondiente* (subrayado nuestro).

Pero en relación con los alegatos del solicitante en cuanto a la aplicación al Presidente de la República del artículo 198 de la Carta Magna, relativo a la restricción a los Diputados de la Asamblea Nacional para postularse a cargos de elección popular en el período siguiente a la revocatoria popular de su mandato, la Sala Constitucional juzgó “que de ser cierta tal afirmación constituiría una limitación al ejercicio de un derecho fundamental, cual es, el derecho a la participación del Presidente de la República (*cf.* sentencia de la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia del 5 de diciembre de 1996, Caso: *Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas*), en una de sus vertientes, el derecho de postulación, consagrado en el último párrafo del artículo 67 de la Carta Magna”; estimando además, que “dicha restricción no se encuentra en la Constitución ni en ley alguna, y pertinente es señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por Venezuela (*Gaceta Oficial* n° 31.256 del 14 de junio de 1977), la cual, de conformidad con el artículo 23 de la Constitución, es de aplicación preferente cuando contenga disposiciones sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables a las establecidas en el ordenamiento interno, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”. Por todo ello, la Sala concluyó su sentencia resolviendo que:

Sobre la base de la anterior motivación y en atención al principio constitucional de preeminencia de los derechos fundamentales establecido en el artículo 2 de la Carta Magna, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declara que la restricción contenida en el artículo 198 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según la cual los Diputados a la Asamblea Nacional, cuyo mandato fuere revocado de conformidad con el mecanismo previsto en el artículo 72 *eiusdem*, no podrán optar a cargos de elección popular en el siguiente período, no es aplicable al Presidente de la República, y así se decide.

Olvidó la Sala, sin embargo, que en el caso concreto de la revocatoria del mandato del Presidente de la República estaban en juego dos derechos constitucionales y no sólo uno de ellos: la Sala razonó con base en el solo derecho político individual del Presidente de la República a ser postulado y a ser electo; pero para ello se había olvidado que existía otro derecho constitucional en juego, el derecho político colectivo de los ciudadanos a revocarle el mandato al Presidente de la República, el cual debía privar sobre el primero.

Además, la Sala olvidó analizar el artículo 230 de la Constitución que establece que el período presidencial es de seis años, pudiendo el Presidente “ser reelegido, *de inmediato* y por una sola vez, *para un nuevo período*”. Olvidó la Sala considerar que para que un Presidente de la República pueda ser reelecto, tiene que haber completado su período presidencial para poder ser electo “de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período”. Si un Presidente no termina su mandato, porque renunció o

porque fue revocado, tendría entonces una imposibilidad de ser reelecto “de inmediato”. Por lo que en caso de revocarse el mandato del Presidente de la República, en forma alguna podría ser candidato en la elección para el próximo período presidencial.

Mucho menos, por supuesto, podría ser candidato un Presidente revocado antes de cumplirse los cuatro primeros años de su mandato, en la elección subsiguiente para elegir un “nuevo Presidente” para completar el resto del período del Presidente revocado. Como lo dijo la propia Sala Constitucional en su sentencia: La revocatoria del mandato “acarrea su falta absoluta en el cargo y, por ende, su separación definitiva del mismo por el período correspondiente”, por lo cual no puede pretender ser electo por el resto de dicho período en el cual fue revocado.

Pero ello no había sido resuelto expresamente, por lo que una vez más se prolongó la incertidumbre sobre la posibilidad -absurda- que podía deducirse en forma indirecta, de que un Presidente revocado al no aplicársele la restricción del artículo 198 de la Constitución, pudiera ser candidato y electo en las elecciones presidenciales para el próximo período constitucional. Continuó existiendo, así, la supuesta “duda” sobre si el Presidente revocado antes de cumplirse los primeros cuatro años de su mandato, podía presentarse a la elección para elegir un “nuevo Presidente” que completara el resto del período presidencial.

Sin embargo, la antes mencionada sentencia n° 1173 de la Sala Constitucional tuvo dos votos salvados de los Magistrados Antonio J. García García y Rondón Haaz.

El Magistrado Antonio J. García García consideró que los planteamientos de la sentencia de la Sala “confunden los efectos de la revocatoria de mandato de los Diputados a la Asamblea Nacional y del Presidente de la República, en virtud del error en que se incurrió en la elaboración de una de sus premisas”, considerando que:

[la] Sala, en ejercicio de una interpretación sistemática de la Constitución, debió pronunciarse con claridad sobre cada uno de los supuestos que la solicitud de interpretación encierra. Particularmente, frente a la actual realidad política y electoral que vive el país, se estima importante la definitiva posición de la Sala respecto a la posibilidad de que el Presidente de la República que sea revocado por vía de referendo, intervenga pasivamente en el proceso electoral convocado tanto para proveer -por el resto del período- la vacante producida por la revocatoria del mandato, como para escoger a un nuevo Presidente por el período constitucional siguiente, pues, si bien expresamente se resolvió, como ya se indicó, el último escenario mencionado, quien suscribe observa que, aún cuando resultara obvia la consecuencia lógica de la revocatoria del mandato, nada se dice sobre el impedimento que tendría dicho funcionario para ser candidato en el otro escenario planteado, esto es, en las elecciones a realizarse dentro de los treinta (30) días consecutivos siguientes a la eventual remoción del Presidente por vía de referendo revocatorio, cuando la mayoría sentenciadora señaló que *“la revocatoria popular del mandato del Presidente de la República, de conformidad con los artículos 72 y 233 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, acarrea su falta absoluta en el cargo y, por ende, su separación definitiva del mismo por el período correspondiente”*.

En caso de revocatoria del mandato, como falta absoluta del Presidente de la República, el Magistrado García consideró que:

[una] interpretación armónica de la Constitución y de la institución de la figura del revocatorio, nos permitiría decir que el constituyente exige la elección de un nuevo Presidente, sin la posibilidad de que el funcionario revocado pueda medirse en ese proceso electoral convocado para suplir la falta absoluta, de manera que, lógicamente, debe entenderse que la afirmación que se ha hecho en el fallo que antecede con respecto a que la restricción contenida en el

artículo 198 eiusdem no es aplicable al Presidente de la República, sólo conduce a concluir que quien haya sido revocado en el cargo de Presidente de la República podrá optar para ser nuevamente elegido por un período constitucional distinto al que no concluyó por la voluntad popular expresada en el referendo revocatorio.

Resultaría un contrasentido que un funcionario al que se le revocó el mandato pueda presentarse como candidato en la elección que se convoque para proveer la vacante causada por la sanción que los electores le propinaron, improbando su gestión, dado que la propia Constitución, en su artículo 233, determina que *'el nuevo Presidente'* asumirá sus funciones para completar el período, lo que indica claramente que se trata de otro Presidente, pues cualquier falta absoluta implica la separación categórica del funcionario y la consiguiente sustitución personal del mismo. Pretender un efecto contrario significaría una amenaza de fraude a la soberanía de la voluntad popular que, expresada por vía de referendo revocatorio, ha interrumpido el desempeño de un cargo de elección popular, bien por motivos de legitimidad, cuando ha dejado de merecerles su confianza, o bien por resultar inconveniente o inoportuna para los intereses del país la gestión que en el ejercicio del mismo realiza su titular.

Siendo ello así, la inhabilitación natural producida por la revocatoria popular que excluye la aspiración del Presidente removido para culminar el período correspondiente, no podría asimilarse a la inhabilitación a que se refiere el artículo 198 de la Constitución, ya que, según dispone el propio texto constitucional, la forma de cubrir la falta absoluta de los Diputados a la Asamblea Nacional cuyo mandato sea revocado es distinta a la que se preceptúa para proveer la vacante al cargo de Presidente de la República, dada la ausencia en este último caso de un suplente que, junto con el principal, haya sido también elegido popularmente.

Concluyó el Magistrado García su voto salvado señalando que:

[una] interpretación integrada de las normas constitucionales lleva a concluir que, independientemente de la falta de prohibición expresa que inhabilite al Presidente de la República removido, para optar a cargos de elección popular, el efecto práctico del referendo revocatorio no puede ser otro que una nueva elección para completar el período presidencial, en la cual no puede participar quien ha sido revocado. Sostener un criterio distinto, bajo el argumento del derecho a ser elegido y el consecuente derecho a postularse que tiene toda persona en cabeza del revocado, dejaría completamente sin efecto la finalidad esencial de todo proceso revocatorio, cual es la sanción política de separarlo del ejercicio del cargo e inhabilitarlo para ello por el período por el cual fue elegido. En definitiva, se irrespetaría con ello la voluntad popular manifestada en el referendo correspondiente.

Por su parte, el Magistrado Rondón Haaz, en particular destacó que la sentencia no daba respuesta a la duda que expresó el solicitante de la interpretación en cuanto a la posibilidad de participación del Presidente de la República, a quien se le hubiere revocado el mandato, en la elección *inmediata* a que se refiere el artículo 233 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como fórmula para la cobertura de falta absoluta que tal revocatoria produce. Agregó el Magistrado que:

Más allá del error del solicitante respecto a la posibilidad, que la Sala descartó, de extensión de la inhabilitación a que se contrae el artículo 198 de la Constitución a funcionarios distintos a los que éste se refiere, la Sala ha debido agotar la interpretación que se le requirió para la resolución, de una vez y en forma integral, de las dudas interpretativas que han generado las disposiciones constitucionales en cuestión y que se reflejan en un grueso número de solicitudes de interpretación de las mismas que cursan en sus archivos.

Pero lamentablemente, la línea de acción de la mayoría de la Sala Constitucional en esta materia parecía ser más bien no agotar la interpretación de las normas constitucionales sino, al contrario, mantener siempre alguna incertidumbre para tener un

hilo de poder permanente. Ello se evidenció de la sentencia n° 1378 del 22 de julio de 2004 (Caso: *Braulio Jatar Alonso y otros*), dictada días después, con motivo de un recurso de interpretación interpuesto precisamente sobre el artículo 233 de la Constitución, el cual fue declarado sin lugar⁸²⁶, perdiéndose la oportunidad que tenía la Sala de interpretar definitivamente su contenido.

Ahora bien, en cuanto a la sentencia n° 1173, y por lo que respecta al Voto Salvo del Magistrado Rondón Haaz, luego de concordar con la opinión del Magistrado García García, señaló que:

[Cuando] la Carta Magna exige la elección de un nuevo Presidente, impide la posibilidad de que el funcionario cuyo mandato hubiere sido revocado pueda participar como candidato en el proceso electoral que se convoque para que supla su propia falta absoluta. Y es que, además de que la simple lógica repudia que un funcionario al que se le hubiere revocado el mandato pudiera presentarse como candidato en la elección que se convocase para la provisión de la vacante que habría causado la improbación de su gestión por el electorado, la propia norma constitucional determina que, en esta oportunidad (elección inmediata) deberá elegirse a un nuevo Presidente que completará el período del Presidente saliente.

Por otra parte, la pretensión de lo contrario, con cualquier fundamento (como podría ser el derecho al sufragio pasivo y a postulación de aquel cuyo mandato hubiere sido revocado), enervaría la finalidad de todo proceso revocatorio, cual es, como apuntó el Magistrado García García, la sanción política al funcionario en cuestión, que comporta, además de la separación del ejercicio del cargo, la inhabilitación para su ejercicio por el período por el cual fue elegido, en abierto fraude a la voluntad popular.

En todo caso, las dudas que habían quedado de la interpretación constitucional que había efectuado la Sala Constitucional, hechas incluso antes de que la sentencia se conociera, dada la divulgación del contenido de la ponencia respectiva⁸²⁷ fueron inmediatamente advertidas⁸²⁸; razón por la cual el solicitante de la interpretación anunció que solicitaría la aclaratoria de la sentencia⁸²⁹. La sentencia, en realidad, se había limitado a señalar que el texto del artículo 198 de la Constitución que contiene una restricción respecto de los diputados revocados, no se podía aplicar al Presidente de la República, lo que era de lógica interpretativa constitucional elemental; pero dejaba sin resolver lo esencial: *Primero*, si el Presidente revocado podía presentarse

826 La Sala Constitucional, en efecto, se limitó a interpretar el término de los dos últimos años del período presidencial iniciado en 2000, así: “Así las cosas, es claro que en la decisión parcialmente transcrita, la Sala sentenció que el actual período presidencial, cuya duración es de seis (6) años de acuerdo con el artículo 230 constitucional, culmina el 19 de agosto de 2006, pero que el actual Presidente de la República -o quien desempeñe conforme a la Constitución dicho cargo en caso de falta absoluta de aquél- seguirá ocupando dicho cargo hasta la fecha de inicio del primer año del siguiente período constitucional, esto es, hasta el 10 de enero de 2007, para ajustar la realidad electoral del órgano Presidencia de la República a la exigencia del Texto Constitucional sin que sea menester para ello efectuar una enmienda del artículo 231 de la vigente Constitución; en tal sentido, del contenido de la sentencia examinada se desprende de manera indubitable que los (2) dos últimos años del actual período presidencial, iniciado el día 19 de agosto de 2000, comienzan el día 19 de agosto de 2004, sin que para declarar tal situación cronológica sea necesario realizar una interpretación de la norma contenida en el artículo 233 de la Norma Fundamental, o efectuar una interpretación de las normas incluidas en los artículos 230 y 231 *eiusdem*, adicional o complementaria a la hecha en la decisión n° 457/2001, del 5 de abril, caso: *Francisco Encinas Verde y otros*”.

827 V. la reseña de Edgar López, en *El Nacional*, Caracas 10-06-2004, p. A-6.

828 V. la opinión de Hermann Escarrá en *El Nacional*, Caracas, 10-06-2004, p. A-6.

829 V. en *El Nacional*, Caracas 16-06-2004, p. A-2; *El Nacional*, Caracas 17-06-2004, p. A-2; 4.

como candidato en la elección que dentro del mes siguiente debía efectuarse para elegir un “nuevo Presidente” que concluyera el período constitucional para el cual había sido electo el Presidente revocado; y *segundo*, si el Presidente revocado, quien por ello no habría completado su período presidencial, podía presentarse como candidato a la nueva elección presidencial para el próximo período presidencial, una vez completado por un nuevo Presidente el período del cual hubiera sido revocado.

En cuanto a la elección presidencial para elegir a un nuevo Presidente para completar el período constitucional del Presidente revocado, la sentencia sí dijo que la revocación del mandato del Presidente de la República “acarrea su falta absoluta en el cargo y, por ende, su separación definitiva del mismo por el período correspondiente”, lo que significa que no podría el Presidente pretender presentarse como candidato para ser electo y terminar el período constitucional del cual habría sido popularmente revocado.

Pero el propio Presidente de la República, cuyo mandato se había solicitado fuera revocado en la votación que se efectuó el día 15 de agosto de 2004, antes de esa fecha, el día 8 de julio de 2004 desde Puerto Iguazú, donde había asistido como invitado a la XXVI Cumbre del Mercado Común del Sur, se encargaría de “aclararle” a quien quisiera oír o leer, que si llegaba a perder el referendo revocatorio, entregaría la Presidencia “porque al mes siguiente estaré peleando nuevamente por la Presidencia”⁸³⁰. Lamentablemente, esta “aclaratoria” afectaba la que se había solicitado a la Sala Constitucional, particularmente por las simultáneas declaraciones del Presidente del Tribunal Supremo y de la Sala Constitucional, Iván Rincón, dadas con toda diligencia, y que aparecieron publicadas en la prensa al día siguiente, cuyo contenido permitía pensar que el mandado ya estaba hecho.

En efecto, por encima de cualquier duda que pudiera existir, el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia y de la Sala Constitucional, en declaraciones publicadas en la prensa el 10 de julio de 2004, ratificaría lo que el Presidente de la República había anunciado en la víspera. Dicho Magistrado declaró que ya existía una ponencia de sentencia de “aclaratoria” de la sentencia n° 1173 de la Sala Constitucional, elaborada por el Magistrado Delgado Ocando, cuyo texto dijo que ya conocía, pero había que esperar que la vieran los otros Magistrados, y sin rubor alguno y sin recordar que los jueces no pueden adelantar opinión sobre fallos no publicados, indicó que la confusión que existía en la materia se debía a:

[Las] declaraciones encontradas de los famosos juristas que siempre están desglosando sentencias y leyes, olvidándose de lo que aprendieron en las Universidades, de las investigaciones que han hecho y de lo que saben... juristas que pertenecen a las famosas Academias de Caracas...⁸³¹

830 V. *El Nacional*, Caracas 9-06-2004.

831 Pedro Llorens, sobre esta frase del Magistrado, señaló que “no es capaz de redactar una sentencia medianamente correcta y se limita a leer las que elaboran los otros”, en “El hacedor de sentencias”, *El Nacional*, Caracas 11-07-2004, p. A-9. Por su parte, el profesor José Muci Abraham, ex Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, dijo: “Los vendedores de sentencias despotrican de los juristas que orgullosamente pertenecemos ‘a las famosas academias de Caracas’. El complejo de provincialismo le sale por los poros. Los punza el dolor de sentirse inferiores y de haberse destacado sólo a expensas de servir los intereses de los poderosos, por una dádiva compensatoria de su servilismo. ¿Han pensado esos bufones del foro, que con su torcida interpretación exponen al país a una contienda de impredecibles consecuencias? ¿Han meditado sobre los efectos de constreñir insensatamente a un pueblo a que vuelva a los comicios para enfrentar de nuevo

Agregando que:

La sentencia es muy clara y tiene solo una lectura... La sentencia dice: Señores, los derechos consagrados en la Constitución son iguales para todos, salvo en casos de excepciones establecidas en la misma Carta Magna, en las leyes o en los Tratados Internacionales.

En materia de derechos constitucionales, las restricciones tienen que estar expresamente establecidas en leyes formales, como se desprende de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con las cuales se nos amenaza constantemente.

Nosotros, lo que decimos es que la Constitución establece expresamente la imposibilidad de que un diputado al que se le haya revocado su mandato, opte a cargos de elección popular en el siguiente período, pero no indica nada respecto de los alcaldes, los gobernadores y el Presidente de la República. Terminamos diciendo que no puede haber restricciones si no están en ley o en la Constitución

La gente lo que pregunta es: pero ¿Chávez puede participar? Señores, no hay restricciones si no están en la Constitución o en la ley y ahora nosotros tenemos que responder en la aclaratoria si Hugo Chávez Frías puede participar o no en caso de que le sea revocado el mandato⁸³².

El Magistrado, al dar dichas declaraciones, no sólo olvidó su condición de tal Magistrado, sino que olvidó de nuevo que lo que estaba en juego en este caso judicial, no solo era el ejercicio de un derecho político individual del Presidente revocado de postularse y ser electo; sino el derecho político colectivo de los ciudadanos a revocarle el mandato a los representantes electos. La Sala Constitucional no podía resolver la cuestión tomando en cuenta el sólo derecho individual del Presidente e ignorando el derecho político colectivo de los ciudadanos. Al hacer tal afirmación, en todo caso, el Magistrado había ignorado que el gobierno en Venezuela “es de mandatos revocables” (Art. 6 de la Constitución); y había olvidado que al menos tenía que ponderar ambos derechos en la balanza de la justicia, y establecer por qué uno privaría sobre el otro.

El abogado Gerbasi, quien había sido el recurrente en el recurso de interpretación, el día 13 de julio de 2004 no tuvo otra alternativa que recusar al Magistrado Presidente de la Sala Constitucional, por haber adelantado opinión sobre la anunciada “aclaratoria” de la sentencia⁸³³; pero al día siguiente, el 14 de julio de 2004, el propio Magistrado Iván Rincón, Presidente del Juzgado de Sustanciación (además de ser Presidente de la Sala Constitucional y del propio Tribunal Supremo), declararía sin lugar la recusación por considerarla extemporánea, ya que después de dictarse sentencia definitiva no habría recusación, y en el caso concreto se trataba de una aclaratoria de una sentencia. Argumentó además el Magistrado que las declaraciones que aparecieron en la nota del periodista Edgar López en el diario *El Nacional*, supuestamente eran “el producto de la interpretación que realizó el periodista y no una transcripción exacta” de lo que había expresado en la entrevista; a lo cual respondió

al gobernante proscrito 30 días antes?, en “Supina ignorancia del supremo”, *El Nacional*, Caracas, 14-07-2004, p. A-9.

832 V. en la entrevista con Edgard López, *El Nacional*, Caracas 10-07-2004, p. A-2.

833 Gerbasi dijo a la prensa: “Después de un año y seis meses que no contestaron el recurso de interpretación, solicitamos una aclaratoria. Chávez le dejó una orden expresa a Rincón desde Argentina”, *El Nacional*, Caracas, 11-07-2004, p. A-7. V. además, *El Nacional*, 14-07-2004, p. A-6.

el periodista Edgar López, en la “Nota del redactor” que publicó, que “Es inútil aclarar que en el texto publicado no hay interpretación ni inexactitud que pudiera alterar el sentido de lo dicho por el presidente del TSJ... La grabación no permitirá a nadie mentir”⁸³⁴.

En definitiva, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, a pesar de haber tenido en sus manos la posibilidad de resolver la interpretación constitucional de los artículos 72, 230 y 233 de la Constitución antes de la realización del referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, el cual finalmente se efectuó el 15 de agosto de 2004 a solicitud popular conforme al artículo 72 de la Constitución⁸³⁵; sin embargo, no lo hizo y continuaron las dudas que existían sobre dos aspectos esenciales en esta materia de los efectos de un referendo revocatorio de mandato presidencial: Primero, si el Presidente cuyo mandato era revocado podía presentarse como candidato y ser electo como “nuevo Presidente”, en las elecciones que debían convocarse dentro del mes siguiente a su revocación para completar los dos años restantes (2004-2006) del periodo constitucional presidencial (que había iniciado en 2000 y culminaba en 2006) del cual había sido revocado; y segundo, si un Presidente revocado podía presentarse como candidato a la “reelección”, en las elecciones presidenciales que debían realizarse a finales de 2006, para el periodo constitucional presidencial subsiguiente (2007-2013).

La duda interpretativa continuó, y el órgano constitucional llamado a interpretar la Constitución y a aclarar las dudas, lo que había hecho era prolongar la incertidumbre, con el objeto, sin duda, de seguir ejerciendo el poder último de decisión en la materia.

El Presidente de la República, antes de que se realizara el acto de votación del referendo sobre la revocatoria de su mandato el 15 de agosto de 2004, en todo caso, sobre el primer aspecto que había quedado constitucionalmente sin resolver, ya se había anticipado a los posibles acontecimientos y había anunciado públicamente que en caso de ser revocado su mandato, el Vicepresidente Ejecutivo quedaría encargado de la Presidencia de la República y él, “al mes siguiente ya sería candidato a la Presidencia de la República otra vez”⁸³⁶.

Sin embargo, no tuvo oportunidad de violentar la Constitución, pues se le había adelantado el Consejo Nacional Electoral, el cual, como se ha dicho, el 26 de agosto de 2004, sin competencia constitucional alguna, decidiría “ratificar” al Presidente de la República en su cargo, dado que según las cifras de votación que anunció, a pesar de que había suficientes votos para que constitucionalmente hubiera quedado revocado el mandato (más de los que había sacado cuando fue electo), sin embargo, habría habido más votos por la no revocación de su mandato.

834 V. en *El Nacional*, Caracas 15-07-2004, p. A-4.

835 Sobre las vicisitudes para dicha convocatoria V. Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional vs. 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)*, Ediciones El Nacional, Caracas, 2004.

836 V. *El Nacional*, Caracas 06-08-2004, p. A-6. La misma declaración la formuló ante los corresponsales extranjeros el 12-08-2004. V. *El Nacional*, Caracas, 13-08-2004, p. A-4.

VII. EL EJERCICIO COMPARTIDO DE LA FUNCIÓN NORMATIVA

1. La Asamblea Nacional como cuerpo legislador: El régimen constitucional de las leyes

A. La noción de ley y sus clases

a. *Las leyes y los Códigos*

De acuerdo con el artículo 202 C, ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador. Se trata de una definición netamente formal, al igual que la denominación de Códigos que adopta la Constitución, y que define como las leyes que reúnan sistemáticamente las normas relativas a determinada materia.

b. *Las leyes orgánicas*

Fue la Constitución de 1961 la que reguló por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico constitucional la figura de las leyes orgánicas, distinguiendo dos categorías: las que así se denominaban en el mismo texto constitucional y las que fueran investidas con tal carácter por la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara al iniciarse en ellas la discusión del respectivo proyecto de ley (art. 163).

Este concepto fue variado en la Constitución de 1999⁸³⁷, en cuyo artículo 203 también se las regula, pero distinguiéndose cuatro categorías de leyes orgánicas:

En primer lugar, las que así denomina la Constitución, las cuales son las siguientes: Ley Orgánica de Fronteras (art. 15), Ley Orgánica de División Territorial (art. 16), Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional (art. 41), Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social (art. 86), Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio (art. 128), Ley Orgánica que establece los límites a los emolumentos de los Funcionarios Públicos (art. 147), Ley Orgánica de Régimen Municipal (art. 169), Ley Orgánica que regule los Distritos Metropolitanos (arts. 171, 172), Ley Orgánica que regule la Inelegibilidad de Funcionarios (art. 189), Ley Orgánica de reserva al Estado de Actividades, Industria o Servicios (art. 302), Ley Orgánica del Consejo de Defensa de la Nación (art. 323), Ley Orgánica que regule el Recurso de Revisión de las Sentencias de Amparo y de Control Difuso de la Constitucionalidad (art. 336), Ley Orgánica de los Estados de Excepción (art. 338 y Disposición Transitoria Tercera, 2), Ley Orgánica sobre refugiados y asilados (Disposición Transitoria Cuarta, 2), Ley Orgánica sobre Defensa Pública (Disposición Transitoria Cuarta, 5), Ley Orgánica de Educación (Disposición Transitoria Sexta), Ley Orgánica de Pueblos Indígenas (Disposición Transitoria Séptima), Ley Orgánica del Trabajo (Disposición Transitoria Cuarta, 3), Ley Orgánica Procesal del Trabajo (Disposición Transitoria Cuarta, 4) y Código Orgánico Tributario (Disposición Transitoria Quinta).

⁸³⁷ V. en general José Peña Solís, "La nueva concepción de las leyes orgánicas en la Constitución de 1999", en *Revista del Tribunal Supremo de Justicia*, n° 1, Caracas, 2000, pp. 73-111; Milagros López Betancourt, "Una aproximación a las Leyes Orgánicas en Venezuela", *Libro Homenaje a Enrique Tejera París*, Temas sobre la Constitución de 1999, Centro de Investigaciones Jurídicas (CEIN), Caracas, 2001, pp. 109 a 157.

En *segundo lugar*, también son leyes orgánicas las que se dicten para organizar los poderes públicos como son: Ley Orgánica de la Administración Pública -Poder Ejecutivo-, (art. 236, ord. 20); Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (art. 247), Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (art. 262); Ley Orgánica del Poder Electoral (art. 292 y Disposición Transitoria Octava); Ley Orgánica del Poder Ciudadano, comprendidas la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República -Ministerio Público-, y Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (Disposición Transitoria Novena); Ley Orgánica de Régimen Municipal -Poder Municipal- (art. 169 y Disposición Transitoria Primera) y Ley Orgánica que regule los Consejos Legislativos Estadales (art. 162).

En *tercer lugar*, también son leyes orgánicas, aquellas destinadas a “desarrollar los derechos constitucionales”, lo que abre un inmenso campo para tal categoría, ya que ello implica que todas las leyes que se dicten para desarrollar el contenido de los artículos 19 a 129 deben ser leyes orgánicas.

En *cuarto lugar*, también son leyes orgánicas “las que sirvan de marco normativo a otras leyes”. Tal es el caso, por ejemplo, del Código Orgánico Tributario que debe servir de marco a las leyes tributarias específicas o de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario que debe servir de marco normativo a las leyes anuales o plurianuales de presupuesto, o la Ley Orgánica de Crédito Público la cual debe servir de marco normativo a las leyes específicas de operaciones de crédito público.

El sentido de la reforma constitucional en esta materia se analizó en la sentencia n° 1971 de 16 de octubre de 2001 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, al señalar que consistió en:

(i) suprimir la libertad que el derogado Texto Constitucional de 1961 confería en su artículo 163 al Órgano Legislativo Nacional para que invistiera, con el voto favorable de una mayoría calificada y, supuestamente, según su apreciación de la importancia del ámbito regulado, a determinados textos legales con el carácter de preceptos orgánicos, junto a los así calificados en forma expresa por la Norma Constitucional, y (ii) adoptar un criterio material para delimitar los supuestos en que la actual Asamblea Nacional puede, mediante una mayoría calificada, atribuir el carácter orgánico a determinadas normas legales, todo ello en atención a la función que dichas disposiciones ocupan en el ordenamiento jurídico, a saber, la de regular una materia específica, vinculada con derechos constitucionales, la organización de las ramas del Poder Público o con la producción de otras normas, en forma preferente a la ley ordinaria que pueda ser dictada respecto de esa misma materia por el Órgano Legislativo Nacional, todo ello a fin de impedir la modificación constante de dicho régimen y no concertada de dichas normas orgánicas, en perjuicio de la estabilidad de las instituciones o del efectivo ejercicio de los derechos protegidos constitucionalmente⁸³⁸.

Ahora bien, sobre las cuatro categorías mencionadas de leyes orgánicas previstas en la Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia n° 537 de 12 de junio de 2000, estableció los criterios de la distinción en la siguiente forma:

La clasificación constitucional utiliza criterios de división lógica distintos, pues las categorías 1ª y 4ª obedecen a un criterio técnico-formal, es decir a la prescripción de su denominación constitucional o la calificación por la Asamblea Nacional Constituyente de su carácter

838 Citada en la sentencia n° 34 de 26-01-2004 (Caso: *Interpretación artículo 203 de la Constitución*).

de ley marco o cuadro; mientras que las categorías 2ª y 3ª obedecen a un principio material relativo a la organicidad del poder público y al desarrollo de los derechos constitucionales.

En el fondo, la categoría 4ª implica una investidura parlamentaria, pues la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no precisa pautas para su sanción, y a diferencia de la categoría 1ª, la constitucionalidad de la calificación de orgánica de las leyes incluidas en este rubro, requiere el pronunciamiento de la Sala Constitucional para que tal calificación sea jurídicamente válida.

Desde luego que el pronunciamiento de la Sala Constitucional es necesario para cualquiera de las categorías señaladas, excepto para las leyes orgánicas por denominación constitucional, pues el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se refiere “a las leyes que la Asamblea Nacional Constituyente haya calificado de orgánicas”, lo que significa que son todas las incluidas en las categorías 2ª, 3ª y 4ª.

La calificación de la Asamblea Nacional Constituyente depende, por tanto, del objeto de la regulación (criterio material) para las categorías 2ª y 3ª, y del carácter técnico-formal de la ley marco o cuadro para la categoría 4ª. En esta última categoría, el carácter técnico-formal se vincula con el carácter general de la Ley Orgánica respecto de la especificidad de la Ley o leyes ordinarias subordinadas. Ello permitiría establecer, en cada caso, y tomando en cuenta los criterios exigidos para las categorías 1ª, 2ª y 3ª, las condiciones materiales de su organicidad⁸³⁹.

En particular, en relación con la categoría de leyes orgánicas así denominadas en la Constitución, la Sala Constitucional en sentencia n° 1723 de 31 de julio de 2002, ha señalado que la misma está reservada a materias de especial trascendencia, tales como:

a) las relativas al funcionamiento de los órganos de más alto rango de las diferentes ramas en que se divide el Poder Público [Fuerza Armada Nacional (art. 41), Distritos Metropolitanos (art. 172), Administración Pública Nacional (art. 236.20.), Procuraduría General de la República (art. 247), *Tribunal Supremo de Justicia* (art. 262), Poder Ciudadano (art. 273), Poder Electoral (art. 292) y Consejo de Defensa de la Nación (art. 323)]; b) a la organización del territorio y la armonización interterritorial: [fronteras (art. 15), división político-territorial (art. 16), ordenación del territorio (art. 128), organización municipal (art. 169), límites a los emolumentos de los funcionarios públicos (art. 147)] c) a la industria y finanzas públicas [actividad petrolera (art. 302), crédito público (art. 312), administración económica y financiera del Estado (art. 313)]; d) desarrollo de los derechos constitucionales [los comprendidos en el Título III de la Constitución, lo relativo a los refugiados (Disposición Transitoria Cuarta)]; y e) protección del orden constitucional [jurisdicción constitucional (art. 336.11), estados de excepción (art. 338)]⁸⁴⁰.

La Sala Constitucional incluso, y a pesar de la enumeración constitucional, ha razonado sobre la naturaleza de las leyes orgánicas señalando en sentencia n° 2573 de 16 de octubre de 2002, que “la calificación de una ley como orgánica tiene, en nuestro ordenamiento jurídico, una significación importante, que viene determinada por su influencia dentro del sistema de jerarquía de las leyes en relación con un área específica, por ello, la inclusión de la expresión orgánica en su denominación revela mucho más que un nombre, pues con éste se alude al carácter o naturaleza relevante de una determinada norma dentro de aquel sistema”; agregando en sentencia n° 1723

839 V. en *Revista de Derecho Público*, n° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 141 y 142.

840 Citada en la sentencia n° 34 de 26-01-04 (Caso: *Interpretación artículo 203 de la Constitución*).

de 31 de julio de 2002, que la naturaleza orgánica de la ley también surge del contraste con las leyes ordinarias, pues las orgánicas “están asociadas a determinadas materias o cumplen un determinado fin técnico”⁸⁴¹.

Ahora bien, como consecuencia de esta naturaleza y del rango e importancia que tienen en el ordenamiento jurídico, el 203 de la Constitución establece una exigencia formal de mayoría calificada para que los proyectos de leyes orgánicas no calificadas como tales directamente en la Constitución pueda comenzar a ser discutida. La norma, en efecto, dispone que todo proyecto de ley orgánica, salvo aquél que la propia Constitución así califica, debe ser previamente admitido por la Asamblea Nacional, “por el voto de las dos terceras partes de los integrantes presentes” antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de ley, agregando que esta votación calificada también debe aplicarse “para la modificación de las leyes orgánicas”.

Sobre la diferencia de tratamiento en cuanto a la mayoría calificada para que pueda ser admitida la discusión de un proyecto de ley orgánica, la Sala Constitucional en sentencia n° 34 de 26 de enero de 2004 (Caso: *Interpretación del artículo 203 de la Constitución*), la ha justificado así:

Tal previsión del constituyente (de excluir el requisito agravado de admisión por el voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional del procedimiento de discusión y sanción de las leyes orgánicas por calificación constitucional), en criterio de esta Sala, se justifica por el hecho de que en los casos de leyes orgánicas investidas con tal carácter por la propia Norma Constitucional no es necesario lograr el acuerdo o consenso político de los miembros del Órgano Legislativo Nacional en la etapa de admisión del respectivo proyecto de ley (que, lógicamente, es previa a la sanción del respectivo proyecto), dado que el mismo se entiende adoptado por el órgano depositario del poder constituyente que reside en el pueblo, al momento de sancionar el propio Texto Constitucional. Cosa distinta ocurre con las demás normas o leyes orgánicas cuyo carácter derive de la investidura que la Asamblea Nacional (al considerarla subsumible en algunos de los supuestos del artículo 203 constitucional) le confiera al momento de decidir su admisión, ya que en tales casos sí es menester el acuerdo o consenso político, expresado por el voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes de la Cámara, al momento de admitir el proyecto de ley en particular, siendo en tal exigencia -la mayoría calificada exigida para la admisión de las leyes orgánicas no calificadas como tales por la Constitución- donde radica el cambio entre el procedimiento agravado establecido en el artículo 163 de la Constitución de 1961 y el establecido en el artículo 203 de la Constitución de 1999⁸⁴².

En todo caso, sobre estas exigencias constitucionales en relación con la mayoría calificada para la admisión de los proyectos, la Sala Constitucional ha señalado en la citada decisión n° 1723 de 31 de julio de 2002, que:

Las diferencias anotadas no son producto de un capricho del constituyente, y que, por el contrario, tienen su fundamento en atendibles *razones de orden político-constitucional* que, sean cuales fueren, justifican su cumplimiento riguroso, esto es, que los requisitos establecidos por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela para darle carácter orgánico a un proyecto de ley deben necesariamente estar presentes de forma cabal, concurrente, pues, si fuere de otro modo, se dejaría sin contenido las normas que los establecen y no se daría cumplimiento a los objetivos del constituyente al erigir tales dificultades y al relacionar dichos instrumentos normativos con materias o fines determinados de especial impacto, por

841 *Idem*.

842 *Idem*.

ejemplo, en el ejercicio de los derechos constitucionales o en las relaciones de los particulares con el Estado, según el caso, las cuales requieren de mayores niveles de discusión, participación, deliberación y consensos, así como de mayor estabilidad y permanencia en el tiempo, que las dirigidas a normar ámbitos donde, al no estar comprometidas relaciones o situaciones jurídicas tan delicadas, es necesario mayor flexibilidad y rapidez para su progresiva y oportuna modificación o reforma⁸⁴³.

Pero como se dijo, la norma del artículo 203 de la Constitución, después de establecer la mayoría calificada mencionada para la admisión de los proyectos de leyes orgánicas no calificadas como tales en el texto constitucional, establece que “Esta votación calificada se aplicará también para la modificación de las leyes orgánicas”, en este caso, sin distinguir de cual de las cuatro categorías de leyes orgánicas se trata, por lo que tal exigencia se aplica a todas las categorías mencionadas. Es decir, conforme a esa norma, todo proyecto de reforma de una ley orgánica, incluso de las calificadas como tales en la Constitución, requiere que el proyecto sea admitido para discusión con el voto de las dos terceras partes de los diputados presentes en la sesión respectiva.

Sin embargo, en enero de 2004, con motivo de la interpretación de la norma del artículo 203 de la Constitución que habían solicitado en 2003 un grupo de diputados durante la discusión sobre la posible sanción de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (derogatoria de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), la Sala Constitucional en sentencia n° 34 del 26 de enero de 2004, llegó a la conclusión contraria de la que resulta de la interpretación de la norma, en el sentido que la exigencia de la mayoría calificada para iniciar la discusión de proyectos de reforma de leyes orgánicas no regía en los casos de leyes orgánicas así denominadas en la Constitución. La Sala, en efecto, partió de la consideración de que la Constitución “no establece en su primer aparte en forma expresa que para *sancionar* una ley orgánica que pretenda o no modificar total o parcialmente (que implicaría derogación) una ley orgánica vigente, se requerirá el voto favorable de una mayoría calificada de dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, ya que sólo establece, como se indicó *supra*, una mayoría calificada para la admisión del proyecto de ley orgánica, excepto cuando tal rango sea consecuencia de una calificación de la propia Constitución”. Después de afirmado lo anterior, la Sala consideró que pudiera existir duda en cuanto al sentido que debía atribuirse a la mencionada frase final del segundo párrafo del 203 de acuerdo con la cual “*Esta votación calificada* (de dos terceras partes) *se aplicará también para la modificación de las leyes orgánicas*”, resolviendo el asunto “con fundamento en el análisis político-constitucional contenido” en la sentencia, así:

Cuando el acápite contenido en el primer aparte del artículo 203 de la Constitución de 1999 establece en forma expresa que la mayoría calificada de las dos terceras (2/3) partes “*se aplicará también para la modificación de las leyes orgánicas*”, quiere decir, en observancia del principio del paralelismo de las formas, que dicha mayoría calificada de las dos terceras (2/3) partes debe también ser cumplida por la Asamblea Nacional al momento de *admitir* un proyecto de ley orgánica, no calificado con tal rango por la Constitución, que pretenda modificar total o parcialmente una ley orgánica vigente. En otras palabras, que todo proyecto de reforma total o parcial de una ley orgánica investida con tal rango por el Órgano Legislativo Nacional en virtud de la pretensión que se tiene de regular con ella algún derecho constitucio-

843 *Idem*.

nal, de organizar algún poder público o de que sirva de marco normativo a otras leyes, debe ser admitido por la Asamblea Nacional con el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los integrantes presentes antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de ley...

Con base en los argumentos expuestos, esta Sala Constitucional reitera que, conforme al artículo 203 de la Constitución vigente, no es necesario el voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional para dar inicio a la discusión de los proyectos de leyes orgánicas investidas de tal carácter por calificación constitucional que pretendan modificar leyes orgánicas vigentes, entre los que se encuentra el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y, advertido el silencio en la norma contenida en el referido artículo 203, respecto de la mayoría parlamentaria requerida para la sanción de cualquier ley orgánica, esté o no investida con tal carácter por la Constitución de 1999, declara que, de acuerdo con lo establecido en los artículos 209 de la Norma Fundamental y 120 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, cuya última reforma fue publicada en Gaceta Oficial Extraordinario, n° 5.667, del 10.10.03, será necesaria la mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional presentes en la respectiva sesión para la sanción de las leyes orgánicas contempladas en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cualquiera sea su categoría. Así se decide⁸⁴⁴.

Esta interpretación no tenía ni tiene base constitucional alguna, y la única lamentable explicación que se le pudo dar a la sentencia fue la de que permitió que la Asamblea Nacional pudiera sancionar la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia sin cumplirse el requisito constitucional de mayoría calificada para iniciar su discusión, y así abrir el camino para aumentar el número magistrados de dicho tribunal y controlarlo aún más desde el punto de vista político por la mayoría circunstancial que dominaba la Asamblea⁸⁴⁵.

844 El Magistrado Antonio J. García García en su Voto Salvado a esta sentencia n° 34 expuso los siguientes criterios:

“Nótese que el Constituyente no realizó distinción alguna en cuanto a las distintas “categorías” de leyes orgánicas a los efectos de su modificación. Por el contrario, pretendió que la regulación para su modificación fuese siempre igual, sino lo hubiese dicho expresamente. Así pues, señala expresamente que también se requiere de una votación calificada para la modificación de las leyes orgánicas. Adviértase entonces que el fallo del que se disiente pretende establecer una diferenciación que el constituyente no hizo, y no quiso hacer, al no establecer un régimen diferente para modificar las “distintas categorías de leyes orgánicas” como si se tratase de distintas cosas que debían ser reguladas de manera diferente.

“La conclusión a que arriba el fallo del que se disiente conduce a la errónea idea de que se podría modificar una ley orgánica, legítimamente aprobada como tal, bajo el régimen de la Constitución de 1961, por una votación de la mitad más uno de los diputados presentes en una sesión, o lo que es lo mismo un artículo de una ley orgánica -de cualquiera de las “categorías” de la Constitución de 1999- aprobada bajo el vigente régimen constitucional puede ser modificado por esa misma votación, es decir, con el voto favorable de la mitad más uno de los diputados presentes en una sesión. De donde se sigue que en definitiva carecería de importancia la fundamentación teórica que inspiran la creación y existencia de las leyes orgánicas según se expusiera en el apartado 1 del fallo, cuyo basamento, según se expresó, se comparte íntegramente”.

845 Por ello, el Magistrado Antonio J. García García en su mencionado Voto Salvado a la sentencia de la Sala Constitucional n° 34 del 26-01-04, haya agregado lo siguiente:

“Señala expresamente el fallo del que se disiente que “...pudiera existir duda en cuanto al sentido que debe atribuirse al acápite incluido en el mismo primer aparte de la norma examinada (artículo 203).” Por el contrario, la norma es precisa, ¿de dónde se infiere que puede haber dudas de algo que es inequívoco?, la única duda que puede haber no puede ser sino infundada, con el ánimo de modificar o sustituirse en lo que expresa la Constitución.

“Lamenta el magistrado disidente que los argumentos esgrimidos en el fallo estén colocados de tal modo que hagan presumir una solución preconcebida, como si los mismos estuviesen dispuestos de modo de justifi-

Por otra parte, otra innovación constitucional en la regulación de las leyes orgánicas es la previsión del control constitucional *a priori* de las mismas al disponer, el mismo artículo 203 de la Constitución, que las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánica deben ser remitidas, antes de su promulgación, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico. La Sala Constitucional debe decidir la cuestión, en el término de diez días contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación. En todo caso, si la Sala Constitucional declara que no es orgánica la ley perderá este carácter. Sobre esta atribución de la Sala se insistirá en la *Décima Primera Parte* de este libro.

c. *Las leyes de delegación legislativas (leyes habilitantes)*

La Constitución de 1999, reguló expresa y ampliamente la posibilidad de delegación legislativa de la Asamblea Nacional al Presidente de la República, al establecer el mismo artículo 203 de la Constitución el concepto de *leyes habilitantes* como las sancionadas por la Asamblea Nacional por las 3/5 partes de sus integrantes, a fin de establecer las directrices, propósitos y el marco de las materias que se delegan al Presidente de la República, con rango y valor de ley. Las leyes habilitantes deben fijar el plazo de su ejercicio⁸⁴⁶.

Se consagró, así, formalmente la posibilidad de delegación legislativa al Presidente de la República, lo cual constituye una novedad constitucional en el país, particularmente porque al no establecerse límites de contenido, podría conducir a la violación de la garantía constitucional de la reserva legal, tal y como se analiza más adelante.

car, de manera aparente, una solución que se obtuvo de antemano y no al revés, de modo que los argumentos condujeran a una conclusión válida y verdadera, como resultado lógico de las premisas expuestas.

“Con humildad puede aceptarse como válido lo expuesto por los miembros de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales que, mediante comunicado publicado en el diario El Universal, el 18 de agosto de 2003, suscrito por Gustavo Planchart Manrique, Alfredo Morles Hernández, Gonzalo Pérez Luciani, Boris Bunimov Parra, Carlos Leáñez Sievert, Tatiana de Maekelt, José Luis Aguilar Gorrondona, Alberto Arteaga Sánchez, Allan R. Brewer Carías, Josefina Calcaño de Temeltas, Tomás E. Carrillo Batalla, Luis Cova Arria, Ramón Escobar Salón, Enrique Lagrange, Francisco López Herrera, José Melich Orsini, Luis Ignacio Mendoza, Isidro Morales Paúl, José Muci-Abraham, Pedro Nikken, José S. Núñez Aristimuño, José Andrés Octavio, James Otis Rodner, Emilio Pittier Sucre, Jesús Ramón Quintero, Aristides Rengel Romberg, Gabriel Ruan Santos, manifestaron su opinión en relación con el proyecto de “Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”, advirtiendo acerca de los vicios de inconstitucionalidad que afectaban a dicho proyecto y el propósito que lo inspiraba. En este sentido, expresaron lo siguiente:

“El referido proyecto derogaría la vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y dejaría vigente parte de la ley que pretende derogar. Se trata así de una derogatoria parcial; en todo caso al ser derogatoria de una ley orgánica ya existente y, más aún, cuando deja vigente parte de ésta, se trata de una modificación de la ley orgánica actual. La discusión de la modificación de una ley orgánica debe ser admitida por las dos terceras partes de los diputados presentes en la sesión. La asamblea no procedió así, sino por mayoría simple”.

846 V. José Peña Solís, “Dos nuevos tipos de leyes en la Constitución de 1999: leyes habilitantes y leyes de bases”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV*, n° 119, Caracas, 2000, pp. 79-123.

d. *Las leyes de bases*

Por último, en el Proyecto de Constitución también se definía un concepto de “leyes de base”; el cual se eliminó, pero quedó referido en artículos aislados, como el artículo 165 que habla de “leyes de bases” que son las que deben regular las materias de competencias concurrentes entre el Poder Nacional y el Poder Estatal, las cuales además, pueden ser objeto de regulación en “leyes de desarrollo” aprobadas por los Consejos Legislativos de los Estados⁸⁴⁷.

B. El procedimiento de formación de las leyes

a. *La iniciativa legislativa*

En el procedimiento de formación de las leyes⁸⁴⁸, tal y como lo enumera el artículo 204 de la Constitución, la iniciativa para la discusión de las leyes ante la Asamblea corresponde:

1. Al Poder Ejecutivo Nacional
2. A la Comisión Delegada y a las Comisiones Permanentes
3. A los integrantes de la Asamblea Nacional, en número no menor de tres.
4. Al Tribunal Supremo de Justicia, cuando se trate de leyes relativas a la organización y procedimientos judiciales.
5. Al Poder Ciudadano, cuando se trate de leyes relativas a los órganos que lo integran.
6. Al Poder Electoral, cuando se trate de leyes relativas a la materia electoral.
7. A los electores en un número no menor del 0,1% de los inscritos en el registro electoral permanente.
8. Al Consejo Legislativo estatal, cuando se trate de leyes relativas a los Estados.

b. *Las discusiones*

En el caso de proyectos de ley presentados por los ciudadanos la discusión debe iniciarse a más tardar en el período de sesiones ordinarias siguiente al que se haya presentado. El artículo 205 establece que si el debate no se inicia dentro de dicho lapso, el proyecto se debe someter a referendo aprobatorio de conformidad con la ley.

Para convertirse en ley, todo proyecto debe recibir dos discusiones, en días diferentes, siguiendo las reglas establecidas en la Constitución y en los reglamentos respectivos. Aprobado el proyecto, el Presidente de la Asamblea Nacional debe declarar sancionada la ley (art. 207).

Primera discusión: El artículo 208 dispone que en la primera discusión se debe considerar la exposición de motivos y se deben evaluar sus objetivos, alcance y

847 *Idem.*

848 Alberto González Fuenmayor, “La formación de las leyes en la Constitución de 1999”, en *Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia LEX NOVA*, n° 238, Maracaibo, 2001, pp. 31-40.

viabilidad, a fin de determinar la pertinencia de la ley. Además debe discutirse el articulado.

Aprobado en primera discusión, el proyecto será remitido a la Comisión directamente relacionada con la materia objeto de la ley y en caso de que el proyecto de ley esté relacionado con varias Comisiones Permanentes, se designará una comisión mixta para realizar el estudio y presentar el informe.

Las Comisiones que estudien proyectos de ley presentarán el informe correspondiente en un plazo no mayor de 30 días consecutivos.

Segunda discusión: Una vez recibido el informe de la Comisión correspondiente, se debe dar inicio a la segunda discusión del proyecto de ley, la cual se debe realizar artículo por artículo.

Si en esta discusión se aprobare sin modificaciones, quedará sancionada la ley. En caso contrario, si sufre modificaciones, se debe devolver a la Comisión respectiva para que ésta las incluya en un plazo no mayor de quince días continuos. Leída la nueva versión del proyecto de ley en la plenaria de la Asamblea Nacional, ésta debe decidir por mayoría de votos lo que fuere procedente respecto a los artículos en que hubiere discrepancia y de los que tuvieren conexión con éstos. Resuelta la discrepancia, el Presidente debe declarar sancionada la ley. (art. 209).

Cuando al término de un período de sesiones quede pendiente la discusión de un proyecto de ley, puede continuarse en las sesiones siguientes o en sesiones extraordinarias (art. 210).

c. Las consultas obligatorias y el derecho a la participación

El artículo 211 establece en forma general que durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, la Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, deben consultar a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos.

En particular, además, conforme al artículo 206, los Estados deben ser consultados por la Asamblea Nacional, a través de los Consejos Legislativos, cuando se legisle en materias relativas a los mismos. La ley debe establecer los mecanismos de consulta a la sociedad civil y demás instituciones de los Estados, por parte de los Consejos en dichas materias.

d. Los derechos de palabra

En la discusión de las leyes, como lo dispone el artículo 211, tienen derecho de palabra los Ministros en representación del Poder Ejecutivo; el magistrado del Tribunal Supremo de Justicia a quien éste designe, en representación del Poder Judicial; el representante del Poder Ciudadano designado por el Consejo Moral Republicano; los integrantes del Poder Electoral; los Estados, a través de un representante designado por el Consejo Legislativo y los representantes de la sociedad organizada, en los términos que establezca el reglamento de la Asamblea Nacional.

e. *Formalidades*

El texto de las leyes debe estar precedido de la fórmula “La Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, decreta”: (art. 212). Además, una vez sancionada la ley, se debe extender por duplicado con la redacción final que haya resultado de las discusiones, y ambos ejemplares deben ser firmados por el Presidente, los dos Vicepresidentes y el Secretario de la Asamblea Nacional, con la fecha de su aprobación definitiva. Uno de los ejemplares de la ley debe ser enviado por el Presidente de la Asamblea Nacional, al Presidente de la República a los fines de su promulgación.

f. *La promulgación y el veto presidencial*

De acuerdo con lo establecido en el artículo 214, el Presidente de la República debe promulgar la ley dentro de los diez días siguientes a aquél en que la haya recibido.

Dentro de este lapso el Presidente puede seguir dos caminos,

En *primer lugar*, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede solicitar a la Asamblea Nacional, mediante exposición razonada, que modifique alguna de las disposiciones de la ley o levante la sanción a toda la ley o parte de ella.

La Asamblea Nacional debe decidir acerca de los aspectos planteados por el Presidente de la República, por mayoría absoluta de los diputados presentes y debe remitirle la ley para la promulgación. En este caso, el Presidente de la República debe proceder a promulgar la ley dentro de los cinco días siguientes a su recibo, sin poder formular nuevas observaciones.

En *segundo lugar*, cuando el Presidente de la República considere que la ley o alguno de sus artículos es inconstitucional, debe solicitar el pronunciamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el lapso de diez días que tiene para promulgar la misma; debiendo decidir la Sala en el término de 15 días contados desde el recibo de la comunicación del Presidente de la República.

Si el Tribunal niega la inconstitucionalidad invocada o no decidiese en el lapso anterior, el Presidente de la República debe promulgar la ley dentro de los 5 días siguientes a la decisión del Tribunal o al vencimiento de dicho lapso.

Ambos supuestos, conforme a la interpretación vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo son excluyentes, tal como lo razonó en la sentencia n° 2817 de 18 de noviembre de 2002:

El primero es que dentro de los diez días siguientes a aquél cuando el Presidente de la República recibió la ley de la Asamblea Nacional, con el fin de promulgarla, previo acuerdo del Consejo de Ministros, la devuelva a la Asamblea, a fin de que modifique alguna disposición de la ley, o levante la sanción a toda la ley o parte de ella. Tal petición será acompañada de una exposición motivada que contenga la razón de las modificaciones, las cuales pueden tener base constitucional o legal.

La Asamblea Nacional decidirá acerca de los aspectos planteados y remitirá la ley al Presidente para su promulgación, conforme a lo decidido.

El otro supuesto es que el Presidente considere que la ley recibida de la Asamblea, o alguno de sus artículos, sea inconstitucional, caso en que, en el mismo término de diez días a

partir de la recepción de parte de la Asamblea Nacional, la enviará a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que decida sobre la inconstitucionalidad que fue invocada.

Si la decisión del Tribunal es la constitucionalidad de la ley o sus artículos, el Tribunal devolverá la ley a la Presidencia para su promulgación.

A juicio de esta Sala, se trata de dos procedimientos que, debido a que tienen un mismo lapso para incoarse y cuyo resultado puede ser en ambos la promulgación de la ley, resultan excluyentes.

Es claro, que si se acoge el primer supuesto, corrija o no la Asamblea Nacional los vicios que sean denunciados, la ley debe ser promulgada según la decisión de la Asamblea Nacional.

Si la decisión de la Asamblea Nacional sobre la ley objeto de este procedimiento resultara inconstitucional, el Ejecutivo, o cualquier interesado, puede incoar la acción de inconstitucionalidad ordinaria.

Si el Presidente opta por el otro control, cual es acudir a la Sala Constitucional para que examine la inconstitucionalidad de la ley o algunos de sus artículos, y la Sala decidiera en sentido positivo o negativo, el Ejecutivo obligatoriamente debe promulgar la ley, lo que significa que no puede acudir al primer supuesto, ya que la norma (artículo 214 constitucional) ordena -en este último supuesto- que la ley se promulgue dentro de los cinco días siguientes a la decisión del Tribunal, sin excepción alguna, por lo que el Ejecutivo mal podría incumplir el mandato constitucional y enviar la Ley a la Asamblea Nacional.

Cumple así la Sala, con interpretar, con carácter vinculante, la aplicación del artículo 214 constitucional, por lo que se ordena la publicación de la presente decisión en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela⁸⁴⁹.

La ley queda promulgada al publicarse con el correspondiente “Cúmplase” en la Gaceta Oficial de la República (art. 215).

Y cuando el Presidente de la República no promulgare la ley en los términos señalados, el Presidente y los dos Vicepresidentes de la Asamblea Nacional deben proceder a su promulgación, sin perjuicio de la responsabilidad en que aquél incurra por su omisión (art. 216).

En cuanto a las leyes aprobatorias de tratados, acuerdos, o convenios internacionales la oportunidad en que deba ser promulgada la ley quedará a la discreción del Ejecutivo Nacional, de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República (art. 217).

g. El principio derogatorio y modificatorio

Conforme al artículo 218, las leyes se derogan por otras leyes y se abrogan por referendo, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución (art. 74).

En todo caso, las leyes pueden ser reformadas total o parcialmente; y en los casos en los que la ley sea objeto de reforma parcial, se debe publicar en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas.

Las leyes, por otra parte, tienen poder derogatorio sobre los instrumentos normativos de rango inferior que las contradigan; pero como lo ha sostenido la Sala Político

⁸⁴⁹ V. en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 176-177.

Administrativa, no toda derogación de una ley comporta necesariamente la derogación de los reglamentos dictados para su desarrollo⁸⁵⁰.

C. Las interferencias orgánicas

De lo anterior resulta que en el ejercicio de sus funciones normativas, la Asamblea Nacional se encuentra interferida en algunos supuestos tanto por los órganos ejecutivos como por los judiciales. En efecto, la iniciativa de las leyes (además de corresponder a los electores en número no menor de 0,1% de los inscritos en el Registro Electoral) corresponde a la Comisión Delegada y a las Comisiones Permanentes de la Asamblea así como a un número no menor de tres diputados. Sin embargo, también corresponde a los otros órganos del Estado: al Poder Ejecutivo; al Tribunal Supremo de Justicia cuando se trate de leyes relativas a la organización y procedimientos judiciales; al Poder Ciudadano cuando se trate de leyes relativas a los órganos que lo integran; al Poder Electoral cuando se trate de leyes relativas a la materia electoral, e incluso a los Consejos Legislativos de los Estados cuando se trate de leyes relativas a los Estados (art. 204). Por otra parte, la iniciativa de la Ley de Presupuesto corresponde exclusivamente al Ejecutivo Nacional (art. 313) y la Asamblea Nacional no puede autorizar “gastos que excedan el monto de las estimaciones de ingresos del proyecto de Ley de Presupuesto” (art. 313). Incluso, el Presidente puede vetar la ley y devolverla a la Asamblea Nacional para su reconsideración (Art. 214) y el Tribunal Supremo de Justicia tiene competencia para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes o resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legislativas (art. 336).

2. Las potestades normativas del Presidente de la República: los actos ejecutivos de orden normativo

A. Los actos ejecutivos

Conforme al principio constitucional tradicional de la formación del derecho por grados, en el sistema de la Constitución de 1999⁸⁵¹, los actos estatales se pueden identificar según el grado que tengan en relación con la Constitución, distinguiéndose aquellos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y, por tanto, que tiene rango legal,⁸⁵² de aquellos dictados en ejecución indirecta y mediata de la Constitución, los cuales al ser dictados en ejecución de la legislación tienen, por tanto, rango sublegal⁸⁵³.

Los primeros, son aquellos actos que tienen el mismo rango que las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional; los segundos, en general, son los actos subordina-

850. V. sentencia n° 1216 de 26-06-01 en *Revista de Derecho Público*, n° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 242 y ss.

851. V. el texto y los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*, 3ª edición, Caracas 2001.

852. Terminología que recogen los artículos 334 y 336 de la Constitución.

853. V. Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Caracas 1975, pp. 378 y ss.

dos a las leyes y demás fuentes del ordenamiento jurídico. Los primeros están sometidos al control de la constitucionalidad que ejerce la Jurisdicción Constitucional; y los segundos, están sometidos al control tanto de constitucionalidad como de legalidad que ejercen la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Jurisdicción Contencioso-Electoral.

Tanto los actos ejecutivos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, como los de rango sublegal, pueden ser de efectos generales (contenido normativo) o de efectos particulares. Por tanto, en cuanto a los actos de contenido normativo, es decir, de efectos generales dictados por el Presidente de la República, los mismos también se pueden clasificar en la misma forma: hay actos ejecutivos de contenido normativos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, y que tienen rango y valor de ley; y hay actos ejecutivos de contenido normativo dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación, como son los reglamentos.

Entre los actos ejecutivos de contenido normativo dictados por el Presidente de la República, con rango y valor de ley, se deben mencionar los dictados por el Presidente de la República en virtud de delegación legislativa efectuada mediante una ley habilitante (art. 203). Estos decretos, a pesar de que en cierta forma ejecutan una ley, se dictan en ejecución directa de potestades constitucionales, por lo que no tienen rango sublegal, sino que en virtud de la propia previsión constitucional que los autoriza ejecutan directa e inmediatamente la Constitución y tienen “rango y valor de ley” (arts. 203 y 236,8). Estos actos ejecutivos, por ello, están sometidos al control de la Jurisdicción Constitucional, tanto de constitucionalidad como de sujeción a la ley habilitante.

También pueden considerarse como actos normativos con rango y valor de ley, los decretos del Presidente de la República mediante los cuales fija el número, organización y competencia de los Ministerios y otros órganos de la Administración Pública Nacional conforme al artículo 236,20 de la Constitución, los cuales si bien deben seguir y respetar los “principios y lineamientos” que establece la Ley Orgánica de la Administración Pública, tienen poder derogatorio en la materia respecto de las leyes sectoriales.

Además, en la Constitución están regulados los decretos de estados de excepción (art. 338), los cuales también pueden tener contenido normativo, y si bien se atribuyen directamente al Presidente de la República en Consejo de Ministros (art. 236,7), están sometidos al régimen establecido en la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción de 2001⁸⁵⁴ prevista en el artículo 338 de la Constitución, que determina las medidas que pueden adoptarse con base en los mismos. Sin embargo, en este caso también, a pesar de que en cierta forma ejecutan una ley, tales decretos tampoco pueden considerarse que tengan rango sublegal, sino que como lo establece la misma Ley Orgánica, tienen “rango y fuerza de Ley” (art. 22), estando, por tanto, sometidos también al control de la Jurisdicción Constitucional.

Pero además, el Presidente de la República está autorizado constitucionalmente para dictar actos de contenido normativo, de rango sublegal, es decir, en ejecución indirecta y mediata de la Constitución o en ejecución directa e inmediata de la legislación; se trata de los reglamentos previstos en el artículo 236, 10 de la Constitución

854. *V. Gaceta Oficial* n° 37.261 de 15-08-01.

que deben ser dictados sin alterar el espíritu, propósito o razón de la ley. Estos están sometidos al control de constitucionalidad y de legalidad por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 259 y 266,5 de la Constitución).

B. Los actos normativos del Presidente de la República de rango y valor de ley: los decretos leyes

Conforme a la Constitución de 1999, todos los actos ejecutivos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución de contenido normativo con rango y valor de ley, de acuerdo a las propias regulaciones constitucionales, están siempre condicionados por disposiciones legislativas que han de emanar de la Asamblea Nacional.

Se distinguen, así los decretos-leyes de los actos de gobierno: estos no tienen contenido normativo ni pueden ser condicionados en su emisión por disposiciones emanadas de la Asamblea Nacional; aquellos, en cambio, tienen contenido normativo con rango y valor de ley, pero para su emisión están condicionados por leyes. Como se ha dicho, estos últimos son de tres tipos: los decretos leyes habilitados; los decretos de organización administrativa y los decretos de estados de excepción.

a. *Los decretos con rango y valor de ley: decretos-leyes delegados*

Dentro de las atribuciones constitucionales del Presidente de la República está la de poder dictar, en Consejo de Ministros y previa autorización por ley habilitante, *decretos con fuerza de ley* (art. 236,8); definiendo, el artículo 203 de la Constitución, a las leyes habilitantes como “las sancionadas por la Asamblea Nacional por las 3/5 partes de sus integrantes, a fin de establecer directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente de la República, *con rango y valor de Ley*”. Estas leyes habilitantes deben fijar un plazo para su ejecución.

Se estableció, en esta forma, por primera vez en el constitucionalismo venezolano, la figura de la *delegación legislativa*⁸⁵⁵, en el sentido de que si bien la Asamblea Nacional es competente para “legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las demás ramas del Poder Nacional” (art. 187,1); la misma Asamblea, mediante una ley habilitante puede delegar en el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, la potestad legislativa. En dicha ley, que debe ser sancionada mediante una mayoría calificada de las 3/5 partes de los integrantes de la Asamblea, en todo caso, se deben establecer “las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan” al Presidente, las cuales éste, por tanto, puede regular mediante decreto con rango y valor de ley.⁸⁵⁶

855. V. Allan R. Brewer-Carías, “El Poder Nacional y el sistema democrático de gobierno”, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo III, Caracas 1996, pp. 40 y ss.

856. V. Eloisa Avellaneda Sisto, “El régimen de los Decretos-Leyes, con especial referencia a la Constitución de 1999”, en F. Parra Aranguren y A. Rodríguez G. (Editores), *Estudios de Derecho Administrativo, Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Tomo I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001, pp. 69 a 106.

b. *Los límites a la delegación legislativa*

a'. *Las materias cuya legislación es delegable*

Las materias que corresponden a la competencia del Poder Nacional y sobre las cuales puede versar la delegación legislativa, son las enumeradas en el artículo 156 de la Constitución. La legislación relativa a esas materias, por tanto, podría ser delegada al Presidente de la República, pues constitucionalmente no habría límite alguno establecido.

Por ello, esta delegación legislativa de la Asamblea Nacional en el Presidente de la República en Consejo de Ministros, no sólo es una innovación de la Constitución de 1999, sino que la misma no tiene precedentes en el constitucionalismo contemporáneo, por la amplitud como está concebida. Esta delegación, por otra parte, cambió el régimen de la Constitución de 1961 que se limitaba a autorizar al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materias económicas y financieras, exclusivamente, previa habilitación por el Congreso (arts. 190, 8)⁸⁵⁷.

En la Constitución de 1999, en cambio, se ha regulado una amplísima posibilidad de delegación legislativa, sin limitación respecto de las materias que puede contener, lo cual podría resultar en un atentado inadmisibles contra el principio constitucional de la reserva legal. Sobre esta delegación legislativa, incluso, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, se ha pronunciado sin fijarle o buscarle límites, admitiendo, incluso, la delegación legislativa en materias que corresponden ser reguladas por leyes orgánicas, en la siguiente forma:

Puede apreciarse, en consecuencia, que, de acuerdo con el nuevo régimen constitucional, *no existe un límite material* en cuanto al objeto o contenido del decreto ley, de manera que, a través del mismo, pueden ser reguladas materias que, según el artículo 203 de la Constitución, corresponden a leyes orgánicas; así, *no existe limitación* en cuanto a la jerarquía del decreto ley que pueda dictarse con ocasión de una ley habilitante, por lo cual podría adoptar no sólo el rango de una ley ordinaria sino también de una ley orgánica.

Igualmente aprecia la Sala que el Presidente de la República puede entenderse facultado para dictar -dentro de los límites de las leyes habilitantes- Decretos con fuerza de ley Orgánica, ya que las leyes habilitantes son leyes orgánicas por su naturaleza, al estar contenidas en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual se encuentra íntegramente referido a las leyes orgánicas. Así, las leyes habilitantes son, por definición, leyes marco -lo que determina su carácter orgánico en virtud del referido artículo- ya que, al habilitar al Presidente de la República para que ejerza funciones legislativas en determinadas materias, le establece las directrices y parámetros de su actuación la que deberá ejercer dentro de lo establecido en esa ley; además, así son expresamente definidas las leyes habilitantes en el mencionado artículo al disponer que las mismas tienen por finalidad "*establecer las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República...*"⁸⁵⁸

857. Sobre estos actos en la Constitución de 1961 V. Gerardo Fernández, *Los Decretos Leyes*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo, UCAB, Caracas 1992.

858. V. sentencia n° 1716 de 19-09-01, dictada con ocasión de la revisión constitucional del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares de 2001.

b'. *La limitación a la delegación derivada del régimen de limitación de los derechos humanos*

Ahora bien, el primer problema que plantea esta posibilidad de delegación legislativa sin límites expresos en cuanto a las materias a delegar está, sin embargo, en determinar si es posible tal delegación en materias que impliquen regulación de los derechos y garantías constitucionales.

En efecto, en el artículo 156 de la Constitución, en el cual se enumeran las materias de competencia nacional, que podrían ser, en principio, objeto de delegación, al menos las siguientes tienen incidencia directa en el régimen de los derechos y garantías constitucionales enumerados y desarrollados en los capítulos de la Constitución sobre la nacionalidad, y derechos civiles, políticos, sociales, culturales y educativos, económicos, de los pueblos indígenas y ambientales del Título III de la misma (artículos 19 a 135): la naturalización, la admisión, la extradición y expulsión de extranjeros (ord. 4); los servicios de identificación (ord. 5); la policía nacional (ord. 6); la seguridad, la defensa y desarrollo nacional (ord. 7); el régimen de la administración de riesgos y emergencias (ord. 9); la regulación del sistema monetario, del régimen cambiario, del sistema financiero y del mercado de capitales (ord. 10); el régimen del comercio exterior y la organización y régimen de las aduanas (ord. 15); la legislación sobre ordenación urbanística (ord. 19); el régimen y organización del sistema de seguridad social (ord. 22); la legislación en materia de sanidad, vivienda, seguridad alimentaria, ambiente, turismo y ordenación del territorio (ord. 23); las políticas y los servicios nacionales de educación y salud (ord. 25); el régimen de la navegación y del transporte aéreo, terrestre, marítimo, fluvial y lacustre de carácter nacional (ord. 26); y, en general, la legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de los pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general (ord. 32).

En Venezuela, un principio constitucional fundamental, de la esencia del Estado de derecho en cuanto al régimen de los derechos y garantías constitucionales, es el de la garantía de la reserva legal⁸⁵⁹, es decir, que las regulaciones, restricciones y limitaciones a los derechos y garantías constitucionales sólo pueden ser establecidas mediante *ley formal*, y “ley”, conforme al artículo 202 de la Constitución, que no es otra cosa que “el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador”; es decir, el acto normativo emanado del cuerpo que conforma la representación popular.

Es decir, las limitaciones o restricciones a los derechos y garantías constitucionales, de acuerdo con el principio de la reserva legal, sólo pueden ser establecidas por el órgano colegiado que represente al pueblo, es decir, por la Asamblea Nacional.

859. V. Allan R. Brewer-Carías, “Prólogo” a la obra de Daniel Zovatto G., *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, Caracas-San José 1990, pp. 24 y ss.

Por ello, frente a una delegación legislativa tan amplia como la que regula la Constitución, sin límites expresos en ella establecidos, sin embargo, lo primero que deben precisarse son los límites que tienen que imponerse a la misma, derivados de los propios principios constitucionales. De ello resulta que siendo el principio de la reserva legal de la esencia del régimen constitucional del Estado de derecho, la delegación legislativa mediante leyes habilitantes al Presidente de la República para dictar decretos con rango y valor de Ley, no puede abarcar materias que se refieran al régimen relativo a los derechos y garantías constitucionales.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, en Venezuela tiene rango constitucional y es de aplicación prevalente en el derecho interno (art. 23), la cual establece que:

Artículo 30: Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la expresión “leyes” contenida en esta norma sólo puede referirse a los actos legales emanados de “los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente electos”,⁸⁶⁰ y que, en el caso de Venezuela, es la Asamblea Nacional.

En consecuencia, las leyes habilitantes que dicte la Asamblea Nacional delegando la potestad legislativa al Presidente de la República, en nuestro criterio, no pueden referirse a normativa alguna que implique la restricción o limitación de derechos y garantías constitucionales, pues de lo contrario violaría el principio de la reserva legal como garantía constitucional fundamental de tales derechos.

c'. La obligación de consulta de los decretos leyes delegados como mecanismo de participación

Pero la potestad legislativa que pueda delegarse al Presidente de la República tiene otros límites impuestos en la misma Constitución para garantizar la participación política, que es uno de los valores fundamentales del texto constitucional.

En efecto, la Constitución establece expresamente previsiones donde se impone a la Asamblea Nacional, la obligación de consulta en el procedimiento de formación de las leyes: en primer lugar, con carácter general, el artículo 211 exige a la Asamblea Nacional y a las Comisiones Permanentes que durante el procedimiento y aprobación de los proyectos de leyes, deben consultar (“consultarán”) a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos; y en segundo lugar, el artículo 206 exige a la Asamblea Nacional, que debe consultar a los Estados (“serán consultados”), a través de los Consejos Legislativos, cuando se legisle en materias relativas a los mismos.

Estas mismas obligaciones constitucionales las tiene el Presidente de la República en caso de delegación legislativa. Es decir, la delegación legislativa al Presidente de la República no puede configurarse como un mecanismo para eludir el cumplimiento de esta obligación constitucional de consulta cuando se trate del proceso de elabo-

860. *Opinión Consultiva OC-6/87 de 09-03-86, Revista IIDH, n° 3, San José 1986, pp. 107 y ss.*

ración de los decretos leyes respectivos, la cual no se elimina por el hecho de la delegación legislativa.

En consecuencia, los proyectos de decreto-ley deben someterse a consulta por el Ejecutivo Nacional en la misma forma indicada en la Constitución, antes de su adopción en Consejo de Ministros.

Pero adicionalmente a las previsiones constitucionales sobre consultas de leyes, la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001⁸⁶¹ estableció la obligación general de los órganos de la Administración Pública, y el Presidente de la República es el de más alta jerarquía, de promover “la participación ciudadana en la gestión pública” (art. 135). En tal sentido, el artículo 136 de la referida Ley Orgánica obliga al Presidente de la República cuando vaya a adoptar “normas legales”, es decir, decretos-leyes en ejecución de una ley habilitante, a remitir el anteproyecto “para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales” inscritas en el registro que debe llevarse en la Presidencia de la República (arts. 135, 136).

Pero paralelamente a ello, la Presidencia de la República debe publicar en la prensa nacional la apertura del proceso de consulta indicando su duración, para recibir las observaciones. De igual manera la Presidencia de la República debe informar sobre el período de consulta a través de la página en la internet que obligatoriamente debe tener, en la cual se expondrá el proyecto del decreto-ley a que se refiere la consulta (art. 136).

Durante el proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto, sin necesidad de estar inscrito en el registro antes mencionado (art. 135).

Aún cuando el resultado del proceso de consulta según la Ley Orgánica “no tiene carácter vinculante” (art. 136), lo importante del régimen de la consulta obligatoria es la disposición del artículo 137 de la misma Ley Orgánica que prohíbe al Presidente de la República “aprobar normas” que no hayan sido consultados conforme a lo antes indicado, previendo expresamente la norma que: “Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos... serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en el presente Título”.

Sólo en casos de emergencia manifiesta y por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad, es que el Presidente de la República podría aprobar normas sin la consulta previa; pero el artículo 137 de la Ley Orgánica, en todo caso, exige que las normas así aprobadas deben ser consultadas seguidamente bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas y a las organizaciones públicas no estatales; estando obligado el Presidente de la República a considerar el resultado de la consulta, pudiendo ratificar, modificar o eliminar el decreto-ley.

861. *Gaceta Oficial* n° 37.305 de 17-10-2001.

c. *El control de constitucionalidad de la delegación legislativa*

El control concentrado de constitucionalidad respecto de la delegación legislativa se puede ejercer por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo tanto respecto de la ley habilitante como respecto de los decretos leyes habilitados.

Tanto la ley habilitante que se dicte por la Asamblea Nacional, como los decretos leyes correspondientes están sometidos al control concentrado posterior de constitucionalidad por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (art. 336,1 y3), establecida como Jurisdiccional Constitucional⁸⁶². Dicho control lo puede ejercer a instancia de cualquier persona, mediante el ejercicio de una acción popular.⁸⁶³

En cuanto a los decretos leyes “orgánicos” o decretos con valor de “ley orgánica” los mismos, además, están sometidos a control concentrado preventivo de constitucionalidad por parte de la misma Sala Constitucional (art. 203).

a'. *Alcance del control preventivo*

En cuanto al control preventivo de constitucionalidad debe señalarse, que si bien se establece en general respecto de las leyes orgánicas que haya calificado la Asamblea Nacional, la Constitución no lo establece respecto de las leyes habilitantes (art. 203), de lo que resulta una inconsistencia constitucional: la Asamblea Nacional puede dictar leyes habilitantes que la Sala Constitucional ha calificado como leyes orgánicas y que sin embargo no están sometidas a control preventivo de constitucionalidad por parte de la misma; pero los decretos con fuerza de “ley orgánica” que dicte el Presidente de la República en ejecución de esa ley habilitante, sí están sujetos al control preventivo de la Sala Constitucional. Así lo ha indicado la Sala Constitucional en su sentencia N° 1716 de 19-09-01 (Caso: *Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares*) señalando lo siguiente:

En este contexto, debe destacarse la particular característica que poseen las leyes habilitantes, ya que, a pesar de ser leyes marco (categoría 4), no requieren del control previo que ejerce esta Sala para determinar si las mismas tienen carácter orgánico; ello debido a que ha sido el propio Constituyente, en su artículo 203, quien las definió como tales, lo que significa que *dichas leyes deban ser consideradas como orgánicas*, aparte del quórum calificado que, para su sanción, prevé el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Así, visto que el Presidente de la República puede dictar decretos con rango de leyes orgánicas, debe esta Sala determinar si los mismos están sujetos al control previo de la constitucionalidad de su carácter orgánico por parte de la Sala Constitucional.

En este sentido, observa la Sala que el decreto con fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares, fue dictado con base en la ley habilitante sancionada por la Asamblea Nacional, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n°

862. En general, V. Allan R. Brewer-Carías, *El sistema de Justicia Constitucional en la Constitución de 1999*, Caracas, 2000.

863. V. Allan R. Brewer-Carías, “La Justicia Constitucional”, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VI, Caracas, 1996.

37.076 del 13 de noviembre de 2000, en la cual se delegó en el Presidente de la República la potestad de dictar actos con rango y fuerza de ley en las materias expresamente señaladas.

A este respecto, el artículo 203 hace referencia a que las “leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas serán sometidas antes de su promulgación a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico” (subrayado nuestro); ello en razón de que la formación (discusión y sanción) de leyes es una atribución que por su naturaleza le corresponde al órgano del Poder Legislativo. No obstante, *si en virtud de una habilitación de la Asamblea Nacional se autoriza al Presidente para legislar, el resultado de dicha habilitación (legislación delegada) tiene que someterse al mismo control previo por parte de la Sala Constitucional.*

En este sentido, el control asignado a esta Sala tiene que ver con la verificación previa de la constitucionalidad del carácter orgánico de la ley (control objetivo del acto estatal), independientemente del órgano (sujeto) que emite el acto estatal, siempre que esté constitucionalmente habilitado para ello (Asamblea Nacional o Presidente de la República en virtud de la habilitación legislativa).

*Así, si bien el Decreto con fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares no fue dictado por la Asamblea Nacional, lo fue por delegación de ésta, razón por la cual esta Sala resulta competente para pronunciarse acerca de la constitucionalidad del carácter orgánico del mismo, y así se declara*⁸⁶⁴.

b'. *El control concentrado posterior de la constitucionalidad*

En todo caso, tanto las leyes habilitantes en sí mismas, como los decretos leyes dictados por el Presidente de la República, en ejecución de las mismas, están sometidos al control de la constitucionalidad que ejerce la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como Jurisdicción Constitucional; y ello, en el segundo caso de los decretos leyes, en virtud del rango y valor de ley de los mismos (art. 203), a pesar de que en principio se trate de actos dictados en ejecución directa e inmediata de dicha ley habilitante.

En efecto, el artículo 334 de la Constitución dispone que:

Corresponde 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 e inmediata de esta Constitución o que *tengan rango legal*, cuando colidan con aquella.

Esta competencia se reitera, además, en el artículo 336,3, al atribuir a la Sala Constitucional competencia para “Declarar la nulidad total o parcial de los actos de *rango de ley* dictados por el Ejecutivo nacional que colidan con esta Constitución”.

En el ordenamiento jurídico venezolano, conforme al artículo 21, párrafo 9 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la acción de inconstitucionalidad que se intenta contra las leyes, los actos ejecutivos con rango legal y los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es una acción popular, que

864. V. sentencia n° 1716 de 19-09-01, caso: *Revisión constitucional del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares de 2001*.

puede ejercer cualquier persona alegando un simple interés en la constitucionalidad.⁸⁶⁵

Los motivos de impugnación de un decreto-ley dictado en ejecución de una ley habilitante, en principio, son motivos de constitucionalidad, es decir, que el mismo “colida con la Constitución” (arts. 334 y 336,3), que viole las disposiciones o principios constitucionales.

Pero en este supuesto de los decretos-leyes, también habría otro motivo de impugnación de orden constitucional, que sería la violación por el Presidente de la República de las “directrices, propósitos y marco” de las materias que se le delegan conforme a la ley habilitante, así como el plazo para el ejercicio de la habilitación que se establezca en ella (art. 203). La violación de estos límites que establezca la ley habilitante, además de violar dicha ley, significarían una trasgresión del propio artículo 203 de la Constitución que regula dichas leyes habilitantes, configurándose por tanto, además, como vicios de inconstitucionalidad.

d. *La abrogación popular de la delegación legislativa*

Conforme se establece expresamente en el artículo 74 de la Constitución, las leyes incluidas las leyes habilitantes pueden ser sometidas a referéndum abrogatorio cuando ello sea solicitado por iniciativa de un número no menor del 10% de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral o por el Presidente en Consejo de Ministros.

Pero además de las leyes, en particular, los decretos con fuerza de ley que dicte el Presidente de la República en uso de la atribución prescrita en el artículo 236,8 de la Constitución, es decir, en ejecución de una ley habilitante, también pueden ser sometidos a referendo abrogatorio, cuando fuere solicitado por un número no menor del 5% de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral.

C. Los decretos con rango de ley en materia de organización administrativa

Además de los decretos-leyes habilitados o dictados en virtud de delegación legislativa, la Constitución regula otros actos ejecutivos *con rango de ley* según la terminología de los artículos 335 y 336,3 de la Constitución, particularmente aquellos relativos a la organización administrativa.

En efecto, de acuerdo con el artículo 236,20, es atribución del Presidente en Consejo de Ministros, “fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la correspondiente Ley Orgánica”.

Se trata, por tanto, de una actuación prevista en la Constitución, que si bien es realizada mediante decretos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, estos, además, ejecutan una ley orgánica específica, lo que no impide que ten-

865. V. Allan R. Brewer-Carías, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Caracas 1971, p. 120 y ss.; *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, (Estudio de derecho comparado)*, Caracas 1994, pp. 48 y ss.

gan rango de ley por el poder derogatorio de otras leyes que tienen los decretos respectivos.

Estos decretos, incluso, han sido regulados expresamente en la Ley Orgánica de la Administración Pública de 17-10-2001⁸⁶⁶, en cuyo artículo 58 ha reiterado la atribución al Presidente de la República de la potestad de fijar, mediante decreto, el número, denominación, competencias y organización de los ministerios y otros órganos de la Administración Pública Nacional, con base en parámetros de adaptabilidad de las estructuras administrativas a las políticas públicas que desarrolla el Poder Ejecutivo Nacional y en los principios de organización y funcionamiento establecidos en la ley orgánica. En ejecución de estas normas desde 2001 se han dictado una multitud de decretos sobre organización y funcionamiento de la Administración Pública Central, particularmente con motivo de la creación progresiva de nuevos ministerios⁸⁶⁷.

Estos decretos, no pueden considerarse como de contenido reglamentario ya que no tienen rango sublegal, sino que tienen rango de ley, dado el poder derogatorio que en 2001 tuvieron respecto de las normas de la antigua Ley Orgánica de la Administración Central, sino de las leyes sectoriales atributivas de competencia a los Ministerios⁸⁶⁸.

En el mismo sentido de decreto con rango legal debe considerarse al decreto del Presidente de la República, mediante el cual pueda variar la adscripción de los entes descentralizados funcionalmente a los Ministerios respectivos previstas en las correspondientes leyes o actos jurídicos de creación, de acuerdo con las reformas que tengan lugar en la organización ministerial (art. 115,2 LOAP). Se trata, aquí también, de un decreto con poder derogatorio respecto de las leyes.

Estos decretos de rango legal en materia de organización administrativa, en todo caso, no sólo están sujetos a la Constitución, sino a la Ley Orgánica de la Administración Central, y particularmente a “los principios y lineamientos” que señale conforme al artículo 236,20 de la Constitución.

A tal efecto, por ejemplo, el artículo 16 la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone que la creación de órganos administrativos, incluyendo los Ministerios, se debe sujetar a los siguientes requisitos:

1. Indicación de su finalidad y delimitación de sus competencias o atribuciones.
 2. Determinación de su forma organizativa, su ubicación en la estructura de la Administración Pública y su adscripción funcional y administrativa.
 3. Previsión de las partidas y créditos presupuestarios necesarios para su funcionamiento.
- En las correspondientes leyes de presupuesto se deben establecer partidas destinadas al financiamiento de las reformas organizativas que se programen en los órganos y entes de la Administración Pública.

866. V. *Gaceta Oficial* n° 37.305 de 17-10-2001. V. Allan R. Brewer-Carías y Rafael Chavero G., *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Caracas, 2002.

867. El último de dichos decretos ha sido dictado en 2005.

868. En nuestro libro Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*, Tomo I, Caracas 2004, p. 482, ya nos apartamos de la apreciación inicial que formulamos sobre el rango de estos actos ejecutivos al sancionarse la Constitución de 1999, en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*, Caracas 2000, p. 123.

En todo caso, como decretos de rango legal, corresponde a la Sala Constitucional controlar la constitucionalidad de los mismos (arts. 334 y 336,3) cuando colidan con la Constitución.

D. Los decretos de estados de excepción

a. *Los estados de excepción*

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

En cuanto al régimen de los estados de excepción, el artículo 338 remite a una ley orgánica (LO) para regularlos y determinar las medidas que pueden adoptarse con base en los mismos; y en tal sentido se dictó la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción de 15-08-2001⁸⁶⁹ que no sólo los regula en sus diferentes formas, sino que además regula “el ejercicio de los derechos que sean restringidos con la finalidad de restablecer la normalidad en el menor tiempo posible” (art. 1).

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

Las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos.

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

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

Se trata, por tanto, de circunstancias excepcionales que sobrepasan las posibilidades de su atención mediante los mecanismos institucionales previstos para situaciones normales, pero que solo pueden dar lugar a la adopción de medidas que estén enmarcadas dentro de principios de logicidad, racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, lo que se configura como un límite al ejercicio de las mismas.

869. *Gaceta Oficial* n° 37.261 de 15-08-2001.

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

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

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

b. *El decreto de estado de excepción*

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

En cuanto al rango y fuerza de ley de los decretos de estados de excepción, la misma en realidad proviene de la propia Constitución, pues al dictarlos el Presidente de la República ejecuta directa e inmediatamente la Constitución, es decir, con base en atribuciones establecidas en el texto fundamental, a pesar de que, además, deben ejecutar la Ley Orgánica de Estados de Excepción.

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

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

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

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

Conforme al artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el estado de excepción debe ser “proclamado oficialmente”. Con base en ello sólo se pueden “adoptar disposiciones” que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas (por los Estados) en

virtud de este Pacto. Las medidas, además, no pueden “ser incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”. En igual sentido se dispone en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

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

Por último, la Ley Orgánica dispone que el Presidente de la República puede solicitar a la Asamblea Nacional la prórroga del Decreto por un plazo igual, correspondiendo a la Asamblea la aprobación de dicha prórroga (art. 338). Este puede ser revocado por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron.

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

a'. *Régimen general*

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

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

b) Dictar medidas de orden social, económico, político o ecológico cuando resulten insuficientes las facultades de las cuales disponen ordinariamente los órganos del Poder Público para hacer frente a tales hechos.

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

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

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

b'. *La restricción de las garantías constitucionales y su obligatorio contenido normativo*

Conforme se establece en el artículo 337 de la Constitución, en los casos en los cuales se decreten estados de excepción, el Presidente de la República en Consejo de Ministros también puede restringir temporalmente las garantías consagradas en la Constitución, “Salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles”.

Este es el único supuesto establecido en la Constitución de 1999 conforme al cual el Presidente puede restringir las garantías constitucionales (art. 236, ord. 7), habiéndose eliminado toda posibilidad de “suspender” dichas garantías como lo autorizaba la Constitución de 1961 (art. 241). De ello deriva, además, que tampoco podrían restringirse los derechos constitucionales, sino sólo sus “garantías”⁸⁷⁰.

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

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

Por otra parte, en relación con la enumeración de las garantías constitucionales de derechos que no pueden ser objeto de restricción, en forma alguna, conforme al antes mencionado artículo 337 de la Constitución (regulados en los artículos 43,2; 46,1; 49 y 58 de la Constitución), sin duda, debe considerarse que forman parte de “los demás derechos humanos intangibles” cuyas garantías tampoco pueden restringirse, los indicados como no restringibles en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4), y en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 27), que son: la garantía de la igualdad y no discriminación; la garantía de no ser condenado a prisión por obligaciones contractuales; la garantía de la irretroactividad de la ley; el derecho a la personalidad; la libertad religiosa; la garantía de no ser sometido a esclavitud o servidumbre; la garantía de la integridad personal; el principio de legalidad; la protección de la familia; los derechos del niño; la garantía de la no privación arbitraria de la nacionalidad y el ejercicio de los derechos políticos al sufragio y el acceso a las funciones públicas⁸⁷¹.

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

Artículo 7: No podrán ser restringidas, de conformidad con lo establecido en los artículos 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 4.2 del Pacto Internacional

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

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

de Derechos Civiles y Políticos y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las garantías de los derechos a:

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

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

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

En *primer lugar*, debe insistirse en el hecho de que se eliminó de la Constitución la posibilidad de que se pudiesen “suspender” las garantías constitucionales, como lo autorizaba el artículo 241, en concordancia con el artículo 190, ordinal 6 de la Constitución de 1961, y que dio origen a tantos abusos institucionales⁸⁷², quedando la potestad de excepción, a la sola posibilidad de “restringir” (art. 236, ord. 7) las garantías constitucionales.

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

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

prohibición de circular a determinadas horas (toque de queda), o en determinados vehículos.⁸⁷³

Lamentablemente, sin embargo, en la Ley Orgánica no se desarrolló esta exigencia constitucional, quizás la más importante en materia de restricción de garantías constitucionales. Sólo regulándose normativamente su ejercicio, en el decreto que restrinja las garantías constitucionales, es que podría tener sentido la previsión del artículo 21 de la Ley Orgánica que dispone que “El decreto que declare el estado de excepción suspende temporalmente, en las leyes vigentes, los artículos incompatibles con las medidas dictadas en dicho decreto”.

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

c'. *La movilización*

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

d'. *La requisición*

Con motivo de la declaración de estado de excepción, conforme al artículo 24 de la Ley Orgánica, el Ejecutivo Nacional tiene la facultad de requisar los bienes muebles e inmuebles de propiedad particular que deban ser utilizados para restablecer la normalidad.⁸⁷⁴

En estos supuestos, para que se ejecutase cualquier requisición, es indispensable la orden previa del Presidente de la República o de la autoridad competente designada, dada por escrito, en la cual se debe determinar la clase, cantidad de la prestación, debiendo expedirse una constancia inmediata de la misma.

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

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

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

e'. *Las medidas relativas a los artículos de primera necesidad y a los servicios públicos*

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

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

f'. *Las medidas de orden presupuestarias en cuanto al gasto público*

Conforme al artículo 20 de la Ley Orgánica,

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

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

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

d. *El control de los decretos de estados de excepción*

De acuerdo con el artículo 339, el decreto que declare el estado de excepción debe ser presentado, dentro de los 8 días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad (art. 336,6).

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

a'. *El control por la Asamblea Nacional*

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

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

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

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

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

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

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

b'. *El control concentrado de constitucionalidad por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*

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

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

Conforme al artículo 31 de la Ley Orgánica, el decreto que declare el estado de excepción, su prórroga o el aumento del número de garantías restringidas, deben ser

remitidos por el Presidente de la República dentro de los 8 días continuos siguientes a aquél en que haya sido dictado, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de que ésta se pronuncie sobre su constitucionalidad. En el mismo término, el Presidente de la Asamblea Nacional debe enviar a la Sala Constitucional, el Acuerdo mediante el cual se apruebe el estado de excepción.

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

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

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

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

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

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

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

En efecto, como se ha dicho, el principio básico de la regulación constitucional de los derechos y libertades públicas en Venezuela, es decir, la verdadera “garantía” de esos derechos y libertades radica en la reserva establecida a favor del legislador para limitar o restringir dichos derechos. Sólo por ley pueden establecerse limitaciones a

los derechos y libertades consagrados en la Constitución. Pero la propia Constitución admite la posibilidad de que las garantías constitucionales puedan ser restringidas en circunstancias excepcionales, por decisión del Presidente de la República en Consejo de Ministros, lo que implica que durante el tiempo de vigencia de estas restricciones, las garantías de los derechos y libertades podrían ser regulados por vía ejecutiva.

Por ello, la consecuencia fundamental del decreto de excepción que establezca la restricción de garantías constitucionales, es la posibilidad que tiene el Poder Ejecutivo de regular el ejercicio del derecho, asumiendo competencias que normalmente corresponderían al Congreso. Si la esencia de la garantía constitucional es la reserva legal para su limitación y reglamentación; restringida la garantía constitucional, ello implica la restricción del monopolio del legislador para regular o limitar los derechos, y la consecuente ampliación de los poderes del Ejecutivo Nacional para regular y limitar, por vía de Decreto, dichas garantías constitucionales⁸⁷⁵.

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

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

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

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

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

En todo caso, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dentro de los 2 días siguientes debe admitir los alegatos y elementos de prueba que resulten

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

pertinentes y desechar aquellos que no lo sean. Contra esta decisión, dispone la Ley Orgánica, “no se admitirá recurso alguno”, lo cual es absolutamente superfluo, pues no existe recurso posible alguno en el ordenamiento jurídico constitucional, contra las decisiones de la Sala Constitucional.

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

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

Artículo 37: La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declarará la nulidad total o parcial del decreto que declara el estado de excepción, acuerda su prórroga o aumenta el número de garantías restringidas, cuando no se cumpla con los principios de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tratados internacionales sobre derechos humanos y la presente Ley.

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

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

c'. El control por los demás tribunales

De acuerdo con el artículo 27 de la Constitución, el ejercicio del derecho de amparo “no puede ser afectado en modo alguno por la declaratoria de estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales”, derogándose en forma tácita el ordinal del artículo de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988 que restringía el ejercicio de la acción de amparo en las situaciones de restricción de Garantías Constitucionales⁸⁷⁶. Por ello, incluso, la propia Ley Orgánica enumera, entre las garantías no restringibles “el amparo constitucional” (art. 7, ord. 12).

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

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

Esta norma, sin embargo, puede considerarse como inconvenientemente restrictiva, pues parecería que los jueces de amparo no podrían ejercer su potestad plena de protección frente a las violaciones de derechos y garantías constitucionales en estas situaciones de los estados de excepción, sino sólo en los aspectos señalados de justi-

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

ficación y proporcionalidad de las medidas que se adopten con motivo de los mismos.

d'. *El control por la comunidad organizada y las organizaciones públicas no estatales*

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

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

E. Los actos normativos del Presidente de la República de rango sublegal: los Reglamentos

La Constitución de 1999, utiliza la expresión acto administrativo en dos artículos: en primer lugar, en el artículo 259, al atribuir a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa competencia para “anular los *actos administrativos* generales o individuales contrarios a derecho incluso por desviación de poder”; y en segundo lugar, en el artículo 266,5, al atribuir específicamente a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que forman parte de esa Jurisdicción, la competencia para “declarar la nulidad total o parcial de los *reglamentos y demás actos administrativos* generales o individuales del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente”.

De estas normas surge claramente que en Venezuela, los reglamentos son, y siempre han sido considerados, actos administrativos⁸⁷⁷, en el sentido de que son declaraciones de voluntad emanadas de órganos que ejercen el Poder Público, de carácter sublegal, para producir efectos jurídicos. La única peculiaridad que tienen es que los reglamentos son actos administrativos de efectos generales y, por tanto, de carácter

877. V. por ejemplo Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 119.

normativo. Se distinguen, así, de los otros actos administrativos generales, de contenido no normativo, y de los actos administrativos de efectos particulares.

a. *Los reglamentos como actos administrativos de efectos generales*

La característica de los reglamentos como actos administrativos es, en primer lugar, que se trata de actos dictados en ejecución indirecta y mediata de la Constitución, y directa e inmediata de la legislación; por ello, como todo acto administrativo, siempre son de carácter sublegal.

En segundo lugar, se trata de actos administrativos que siempre son de efectos generales, es decir, de carácter normativo, y que, por tanto, integran o modifican el ordenamiento jurídico. El contenido de los reglamentos, por tanto, siempre es de carácter normativo, y se identifican por su generalidad, efectos *erga omnes* y por estar destinados a un número indeterminado e indeterminable de personas⁸⁷⁸. El reglamento, en esta forma, tal como lo definió la antigua Corte Suprema, “Es norma jurídica de carácter general dictado por la Administración Pública, para su aplicación a todos los sujetos de derecho y en todos los casos que caigan dentro de sus supuestos de hecho”⁸⁷⁹.

Pero como se dijo, el reglamento, aún cuando tiene contenido normativo e integra el ordenamiento jurídico, está siempre subordinado a la ley. Tal como lo ha señalado la antigua Corte Suprema de Justicia:

Las disposiciones de los reglamentos que conforme a ella han de dictarse, tienen el carácter de normas secundarias respecto a las de la Ley, que son en este caso, las primarias. O sea, que cada reglamento es el complemento de la determinada Ley, cuya finalidad es facilitar la ejecución de ésta⁸⁸⁰.

De lo anterior resulta, por otra parte, que no todo acto administrativo general es un reglamento, lo que permite distinguir entre “actos de efectos generales” como los reglamentos, y “actos generales”; es decir, entre actos normativos, por una parte, y por la otra, los actos generales no normativos⁸⁸¹. Es decir, el reglamento, es siempre “de efectos generales”, pero hay actos administrativos generales que aún cuando tienen como destinatarios a un grupo de personas, no ostentan carácter normativo, es decir, no son de efectos generales, sino que tienen efectos particulares.

En otra sentencia, la antigua Corte Suprema de Justicia destacó la “generalidad e impersonalidad” como las características propias del reglamento señalado:

El reglamento como todos los actos de efectos generales, va dirigido a un indeterminado número de personas, por lo cual se hace imposible nombrarlas a todas. En cambio, la Resolución impugnada va dirigida a cierto número de personas, perfectamente identificables, ya que ellas han celebrado un contrato previamente con el Ejecutivo Nacional, pues todas y cada

878. V. sobre la distinción Allan R. Brewer-Carías, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, op. cit., pp. 8 y ss.

879. V. sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 27-05-68, en *Gaceta Forense*, n° 60, 1968, pp. 115 a 118.

880. V. sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 10-05-65, en *Gaceta Forense*, n° 48, 1968, pp. 122 a 123.

881. V. sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 02-11-67 en *Gaceta Forense* n° 57, 1967, pp. 38 y 39.

unas, son concesionarias de hidrocarburos. Por lo tanto, el contenido de la Resolución citada debe tomarse como un conjunto de decisiones individuales que se han condensado en un solo texto legal, en forma aparentemente colectiva, pero que en realidad no lo es, en virtud de la peculiaridad anteriormente anotada.

La Ley y el Reglamento ejecutivo, no son, como parece creerlo la impugnante, la única fuente de los actos administrativos de efectos generales, ya que éstos pueden provenir, además, de disposiciones de otros órganos del poder público: nacionales, estatales, municipales y aun de entes autónomos y descentralizados⁸⁸².

b. *El ámbito de la potestad reglamentaria*

Ahora bien, la Constitución de 1999, conforme a la tradición constitucional precedente, atribuye al Presidente de la República la facultad de “reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón” (art. 236,10). De ello deriva que el Presidente de la República puede reglamentar las leyes, lo que no implica que tenga una potestad exclusiva para dictar actos administrativos de efectos generales, pues otros órganos del Estado, en ejercicio del Poder Público, pueden hacerlo.

En consecuencia, los actos administrativos de efectos generales, por ejemplo, pueden emanar de otros órganos de la Administración Pública como los Ministros, que son órganos directos del Presidente de la República, los cuales tienen potestad normativa en las materias que le asigna la ley.

Pero además, en el ámbito de la Administración Central, los órganos que en la misma han sido desconcentrados legalmente, con autonomía funcional, también ejercen la potestad normativa en los asuntos que la ley les ha atribuido. Es el caso, por ejemplo, de la Comisión Nacional de Valores.

También, en el ámbito de la Administración Pública Descentralizada, las personas jurídicas de derecho público que la componen, tanto las estatales como las no estatales, tienen potestad reglamentaria conforme a la ley que las rige. En tal sentido, los Institutos Autónomos, por ejemplo, como personas de derecho público estatales; y los Colegios Profesionales, como personas jurídicas de derecho público no estatales, ejercen la potestad normativa en el ámbito de sus respectivas competencias, conforme a las leyes que los rigen⁸⁸³.

Pero en el ordenamiento jurídico venezolano y a pesar de la definición de acto administrativo que trae el artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, no sólo los órganos ejecutivos o, en general, los órganos que conforman la Administración Pública Central o Descentralizada, dictan actos administrativos normativos o reglamentarios, sino que también éstos pueden emanar de los demás órganos del Estado que ejercen otros Poderes Públicos distintos al ejecutivo, cuando ejercen la potestad normativa.

882. V. sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 07-11-73, en *Gaceta Oficial* n° 1.643 Extra. de 21-03-74, p. 13.

883. V. Allan R. Brewer-Carías, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, Caracas 1991, pp. 78 y ss.

Es decir, en Venezuela los actos administrativos, incluidos los reglamentos, no se definen orgánicamente⁸⁸⁴, por lo que no siempre son “actos ejecutivos” ya que también emanan de los otros órganos del Estado que ejercen el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Poder Electoral y el Poder Ciudadano⁸⁸⁵. Por ello, se consideran actos administrativos de efectos generales, los reglamentos que dicta el Tribunal Supremo de Justicia para su funcionamiento interno y en relación con el gobierno y administración del Poder Judicial que le corresponde (art. 6, párrafo 1,10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia). También es el caso de los reglamentos o actos administrativos normativos dictados por el Consejo Nacional Electoral (Ley Orgánica del Poder Electoral), por el Fiscal General de la República (art. 21,8, Ley Orgánica del Ministerio Público), o por el Contralor General de la República (art. 13,1, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República). Todos estos actos administrativos reglamentarios, por supuesto, son de rango sublegal y están sujetos, ante todo, a las leyes reguladoras de esos actos de los Poderes Públicos Nacionales.

Por último, por supuesto, en un Estado con forma federal, los Gobernadores de Estado y los Alcaldes Municipales tienen en el respectivo ámbito de sus competencias potestad normativa, conforme a las Constituciones y leyes de los Estados y a las Ordenanzas Municipales, respectivamente, pudiendo dictar actos administrativos de efectos generales.

c. La consulta previa obligatoria no vinculante de las normas reglamentarias

La Ley Orgánica de la Administración Pública, como antes se ha dicho, ha introducido una novedad en cuanto al régimen de emisión de actos normativos por los órganos ejecutivos, en particular, de los reglamentos, como mecanismo para promover la participación ciudadana. Se ha regulado, así, un procedimiento de consulta obligatorio, aunque no vinculante previo a la emisión de reglamentos o actos administrativos normativos por cualquier autoridad ejecutiva.

En efecto, el artículo 136 de dicha Ley Orgánica dispone que los órganos ejecutivos, sea el Presidente de la República u otro órgano, que se propongan adoptar un reglamento o cualquier acto administrativo de efectos generales, deben realizar previamente una consulta obligatoria del anteproyecto normativo, así:

Primero, deben remitir el anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro de dichas entidades que debe llevar el órgano emisor. En dicho oficio, se debe indicar el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones; lapso que no comenzará a correr antes de los 10 días hábiles siguientes a la entrega del anteproyecto correspondiente.

Segundo, paralelamente el órgano que proyecte adoptar el reglamento o acto administrativo de efectos generales, debe publicar en la prensa nacional la apertura del proceso de consulta indicando su duración; e informar a través de la página en el

884. V. Allan R. Brewer-Carías, “El problema de la definición del acto administrativo” en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, UCV, Tomo I, Caracas 1984, pp. 25 a 78.

885. V. Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial*, Madrid 1987, pp. 429 y ss; y “Justicia Contencioso Administrativa”, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VII, Caracas 1997, pp. 321 y ss.

internet que tiene que tener conforme a dicha ley orgánica, en la cual se expondrá el proyecto de reglamento o acto administrativo de efectos generales sobre la cual verse la consulta. Durante este proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto, sin necesidad de estar inscrito en el registro indicado.

Tercero, una vez concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano respectivo debe fijar una fecha para que sus funcionarios, especialistas en la materia que sean convocados y las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales, intercambien opiniones, hagan preguntas, realicen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar el anteproyecto propuesto o considerar un anteproyecto nuevo.

Cuarto, el resultado del proceso de consulta no tiene carácter vinculante. Sin embargo, en virtud del carácter obligatorio de la consulta pública respecto de los actos administrativos reglamentarios o normativos, el órgano ejecutivo respectivo no puede adoptar normas que no hayan sido consultadas conforme se indica anteriormente, al punto de que la ley orgánica considera nulas de nulidad absoluta, las normas que sean aprobadas sin haber sido consultadas conforme al procedimiento antes indicado.

La Ley Orgánica de la Administración Pública, además, establece particularmente un procedimiento para la elaboración de los reglamentos, con la obligación de una consulta pública previa respecto de los mismos. El artículo 88 de dicha ley, en efecto, dispone que la elaboración de los reglamentos de leyes se debe ajustar al siguiente procedimiento:

1. La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se debe llevar a cabo por el Ministerio competente según la materia, mediante la elaboración del correspondiente proyecto al que se debe acompañar un informe técnico y un informe sobre su impacto o incidencia presupuestaria;

2. A lo largo del proceso de elaboración del proyecto de reglamento, debe recabarse, además de los informes, los dictámenes correspondientes y cuantos estudios y consultas se estimen conveniente para garantizar la eficacia y la legalidad del texto;

3. Elaborado el texto, se debe someter a consulta pública para garantizar el derecho de participación de las personas de conformidad con lo dispuesto en el Título VI de la misma ley orgánica, según se ha indicado anteriormente.

Durante el proceso de consultas las personas, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones que los agrupen o representen, pueden presentar observaciones y propuestas sobre el contenido del reglamento las cuales deben ser analizadas por el ministerio encargado de la elaboración y coordinación del reglamento.

La emisión de un reglamento sin que se haya sometido a consulta pública, conforme al artículo 137 de la Ley Orgánica, lo vicia de nulidad absoluta.

4. Aprobado el reglamento por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, el mismo sólo puede entrar en vigencia con su publicación en la Gaceta Oficial de la República, salvo que el reglamento disponga otra cosa.

Por último, debe destacarse que conforme al artículo 89 de la Ley Orgánica, el Ejecutivo Nacional debe aprobar los reglamentos necesarios para la eficaz aplicación y desarrollo de las leyes, dentro del año inmediatamente siguiente a su promulgación.

d. *Los límites a la potestad reglamentaria*

Tratándose de actos administrativos de efectos generales, los reglamentos son siempre de carácter sublegal, es decir, sometidos a la ley, por lo que su límite esencial deriva de la reserva legal.

Es decir, los reglamentos no pueden regular materias reservadas al legislador en la Constitución, y esas son fundamentalmente, el establecimiento de delitos, faltas e infracciones y las penas y sanciones correspondientes; la regulación y limitación a los derechos y garantías constitucionales; y el establecimiento de tributos.

Estos límites a la potestad reglamentaria derivados de la reserva legal, por otra parte, están expresamente establecidos en la Ley Orgánica de la Administración Pública, cuyo artículo 86 establece que

Los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva legal, ni infringir normas con dicho rango. Además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público.

VIII. EL EJERCICIO COMPARTIDO DE LA FUNCIÓN POLÍTICA Y ADMINISTRATIVA

1. El ejercicio compartido de la función política

A. El Presidente de la República: director de la acción de gobierno y el control parlamentario

De acuerdo con el artículo 236,2 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República “Dirigir la acción del Gobierno”. Se repite así lo previsto en el artículo 226 cuando dispone que el Presidente es el jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional, “en cuya condición dirige la acción de gobierno”.

El Presidente, además, conforme al artículo 236, 23, tiene competencia para “convocar y presidir el Consejo de Defensa de la Nación”.

Todos los actos del Presidente de la República en ejercicio de la función política que enumera el artículo 236 de la Constitución, con excepción de los señalados en los ordinales 3 (nombramiento del Vicepresidente Ejecutivo y de los Ministros) y 5 (decretar amnistías) del artículo 236, deben ser refrendados para su validez por el Vicepresidente Ejecutivo y el Ministro o los Ministros respectivos.

Corresponde a la Asamblea Nacional, sin embargo, “ejercer funciones de control sobre el Gobierno” (art. 187,3); por lo que incluso, puede dar un voto de censura al Vicepresidente Ejecutivo y a los Ministros lo cual puede acarrear la destitución de los mismos, cuando se decida por las tres quintas partes de los diputados (art. 187,10). El artículo 240 de la Constitución, adicionalmente, dispone:

Artículo 240. La aprobación de una moción de censura al Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, por una votación no menor de las tres quintas partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, implica su remoción. El funcionario removido o funcionaria remo-

vida no podrá optar al cargo de Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, o de Ministro o Ministra por el resto del período presidencial.

Por otra parte, debe señalarse que la Asamblea Nacional debe decidir en ciertos casos de falta absoluta (incapacidad física o mental) y abandono del cargo) o de conversión de la falta temporal en absoluta, del Presidente de la República (arts. 233 y 234). También debe autorizar su enjuiciamiento (art. 266, ord. 2) y conocer de los Decretos de Estado de Excepción (arts. 338 y 339).

La Asamblea Nacional, además, tiene la importante competencia en materia política, no sólo de designar a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y a los titulares de los órganos del Poder Ciudadano y del Poder Electoral, sino para remover a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (art. 265), al Contralor General de la República, al Fiscal General de la República y al Defensor del Pueblo (art. 279); y a los integrantes del Consejo Nacional Electoral (art. 296), atribuciones que, sin duda, constituyen una contradicción con el principio de la autonomía de los Poderes Públicos.

B. La dirección de las relaciones exteriores

Corresponde al Presidente de la República, “Dirigir las relaciones exteriores de la República y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales” (art. 236,4).

Sin embargo, los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional, salvo ciertas excepciones, deben ser aprobados por ley especial (art. 187, 18). A tal efecto, el artículo 154 de la Constitución, dispone:

Artículo 154. Los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente o Presidenta de la República, a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional.

Por otra parte, la Asamblea Nacional debe autorizar al Presidente de la República para poder salir del país por un lapso mayor a 5 días (art. 187,17).

C. Las iniciativas en materia de revisión constitucional

El Presidente de la República en Consejo de Ministros, tiene la iniciativa para las enmiendas (art. 341) y las reformas a (art. 342) a la Constitución; al igual que para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente (Art. 348). Debe señalarse, además, que la Asamblea Nacional también tiene estas iniciativas en materia de revisión constitucional (arts. 341, 342 y 348), debiendo la reforma constitucional, tramitarse ante la Asamblea Nacional (art. 343)

D. Las iniciativas en materia de referendos

El Presidente de la República en Consejo de Ministros (art. 236, 22) tiene la iniciativa para someter a referendo consultivo aquellas materias de especial trascen-

dencia nacional que estime conveniente (art. 71). Igualmente, también en Consejo de Ministros, tiene la iniciativa para someter a referendo aprobatorio “Los tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales” (art. 73). Adicionalmente, el Presidente en Consejo de Ministros, tiene la iniciativa para someter las leyes a referendo, “para ser abrogadas total o parcialmente (art. 74).

La Asamblea Nacional, por su parte, tiene la iniciativa de referendos aprobatorios de leyes (art. 73).

E. Los actos en materia militar

Conforme al artículo 236, corresponde al Presidente de la República:

5. Dirigir la Fuerza Armada Nacional en su carácter de Comandante en Jefe, ejercer la suprema autoridad jerárquica de ella y fijar su contingente.

6. Ejercer el mando supremo de la Fuerza Armada Nacional, promover sus oficiales a partir del grado de coronel o coronela o capitán o capitana de navío, y nombrarlos o nombrarlas para los cargos que les son privativos.

Sin embargo, la Asamblea debe autorizar previamente al Ejecutivo Nacional el empleo de misiones militares venezolanas en el exterior o extranjeras en el país (Art. 187,11).

F. Los actos en relación con la Asamblea Nacional

Corresponde al Presidente de la República, conforme al artículo 236:

9. Convocar a la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias

21. Disolver la Asamblea Nacional en caso de que se produzcan tres votos de censura contra el Vicepresidente (arts. 236,21 y 240).

Estas dos facultades deben ser ejercidas en Consejo de Ministros.

En relación con la disolución de la Asamblea, el artículo 240 de la Constitución dispone que:

La remoción del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva en tres oportunidades dentro de un mismo período constitucional, como consecuencia de la aprobación de mociones de censura, faculta al Presidente o Presidenta de la República para disolver la Asamblea Nacional. El decreto de disolución conlleva la convocatoria de elecciones para una nueva legislatura dentro de los sesenta días siguientes a su disolución.

La Asamblea no podrá ser disuelta en el último año de su período constitucional.

Además, corresponde al Presidente conforme al mismo artículo 236,

17. Dirigir a la Asamblea Nacional, personalmente o por intermedio del Vicepresidente Ejecutivo informes o mensajes especiales.

Por otra parte, el Presidente tiene iniciativa legislativa (Art. 204,1).

G. Los actos en materia de indulto

Corresponde al Presidente de la República “conceder indultos” (Art. 236, 19).

Sin embargo, sólo a la Asamblea Nacional le corresponde decretar amnistías (Art. 187, 5).

H. La formulación del Plan Nacional de Desarrollo

De acuerdo con el mismo artículo 236,18 de la Constitución, el Presidente de la República tiene atribución para “Formular el Plan Nacional de Desarrollo y dirigir su ejecución...” Esta atribución la debe ejercer el Presidente de la República en Consejo de Ministros.

Sin embargo, de acuerdo con la misma norma, la Asamblea Nacional debe previamente aprobar el Plan Nacional de Desarrollo. A tal efecto, el artículo 187,8 dispone como atribución de la Asamblea:

8. Aprobar las líneas generales del plan de desarrollo económico y social de la Nación, que serán presentadas por el Ejecutivo Nacional en el transcurso del tercer trimestre del primer año de cada período constitucional (art. 236, ord. 18).

2. El ejercicio compartido de la función administrativa

A. El Presidente de la República: director de la Administración Pública

De acuerdo con el artículo 236,11 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República “Administrar la Hacienda Pública Nacional”. Todos los actos del Presidente de la República en ejercicio de la función administrativa que enumera el artículo 236 de la Constitución, deben ser refrendados para su validez por el Vicepresidente Ejecutivo y el Ministro o los Ministros respectivos.

El Presidente de la República entre sus atribuciones, conforme al artículo 236,13, está la de decretar en Consejo de Ministros “créditos adicionales al Presupuesto, previa autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada” (art. 187,7; 314).

La Asamblea Nacional, por lo demás, ejerce funciones de control sobre la Administración Pública (art. 187,3). Además, corresponde a la Asamblea “discutir y aprobar el presupuesto nacional y todo proyecto de ley concerniente al régimen tributario y al crédito público (arts. 187, 6; 314 y 317).

B. Las atribuciones del Presidente de la República en la designación y remoción de funcionarios

Corresponde al Presidente de la República, conforme al artículo 236 de la Constitución:

3. Nombrar y remover el Vicepresidente Ejecutivo y a los Ministros.

15. Designar, previa autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada, al Procurador General de la República y a los jefes de las misiones diplomáticas permanentes.

16. Nombrar y remover a aquellos funcionarios cuya designación le atribuyen esta Constitución y la ley.

La Asamblea Nacional, en efecto, conforme al artículo 187 de la Constitución tiene competencia para:

13. Autorizar a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros (art. 149).

14. Autorizar el nombramiento del Procurador o Procuradora General de la República y de los Jefes o Jefas de Misiones Diplomáticas Permanentes.

C. Las atribuciones del Presidente en materia de contratos estatales

Conforme al artículo 236 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República,

12. Negociar los empréstitos nacionales.

14. Celebrar los contratos de interés nacional conforme a esta Constitución y la ley.

Estas atribuciones indicadas en los ordinales 12 y 14 las debe ejercer el Presidente de la República en Consejo de Ministros.

El artículo 150 de la Constitución dispone en general que para la celebración de los contratos de interés público nacional sólo se requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional en los casos que determine la ley. Se agregó, sin embargo, que

No podrá celebrarse contrato alguno de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación de la Asamblea Nacional.

Por ello, el artículo 187,9 de la Constitución dispone:

9. Autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional, en los casos establecidos en la ley. Autorizar los contratos de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela.

Dicho artículo 187, agrega dentro de las competencias de la Asamblea en materia de contratos públicos:

12. Autorizar al Ejecutivo Nacional para enajenar bienes inmuebles del dominio privado de la Nación, con las excepciones que establezca la ley.

CAPÍTULO VI
SOBRE EL RÉGIMEN POLÍTICO

§13. REFORMA ELECTORAL EN EL SISTEMA POLÍTICO EN VENEZUELA (1958-2006)*

(San José/Ciudad de México, junio 2006)

El estudio de la llamada “Tercera Ola Democratizadora” relativa a la reforma política en América Latina, la cual en la mayoría de los países comprende el período 1978-2005, en el caso de Venezuela necesariamente debe abarcar un período mayor, pues allí, esa Ola del proceso democratizador comenzó veinte años antes, es decir, en 1958, con la instauración del régimen democrático luego de la década militar autoritaria que se inició con el derrocamiento del Presidente Rómulo Gallegos en 1948.

Este estudio sobre la reforma política y electoral en Venezuela, por tanto, abarca el período 1958-2006, durante el cual no sólo se desarrolló el sistema democrático pluralista de partidos, sino en el cual estos fueron testigos de su propia crisis, precisamente, en gran parte, por la incapacidad de los mismos en introducir las reformas políticas necesarias y que requería el sistema para asegurar, no sólo la gobernabilidad de la democracia y su propia supervivencia, sino la transparencia, representación y rendición de cuentas del gobierno; o en haberlas adoptado parcial y tardíamente.

El régimen democrático que se estableció en Venezuela a partir de 1958 al amparo de las provisiones de la Constitución de 1961, y que estuvo en vigencia hasta 1999, se montó sobre un sistema presidencial de gobierno con amplia sujeción parlamentaria, es decir, de presidencialismo atenuado, lo que exigió siempre un necesario balance y contrapeso entre el poder legislativo y el poder ejecutivo. Los problemas políticos que se desarrollaron durante las cuatro décadas de democracia (1958-1999) que siguieron a la aprobación de la Constitución, fueron principalmente provocados por un sistema de Estado de partidos, que produjo la consolidación de la exclusiva representatividad de los partidos políticos en los órganos electos; la escasa participación ciudadana en la gestión de los asuntos públicos, excepto a través de los partidos y las elecciones, y, particularmente, la excesiva centralización del poder, por el propio centralismo democrático en el funcionamiento interno de los partidos. Ello produjo progresivamente, una relativa ausencia de transparencia y rendición de cuentas por el control progresivo del órgano legislativo por parte de los partidos políticos, lo que contribuyó a desdibujar la separación orgánica de poderes, afectando la gobernabilidad democrática.

Para finales de los años noventa, la crisis del sistema político de partidos puede decirse que había llegado a su etapa terminal, exigiéndose reformas para hacer efec-

* Estudio elaborado para la obra colectiva sobre *Reforma política y electoral en América Latina*, Internacional IDEA y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, 2007. El esquema del trabajo, uniforme, fue suministrado por IDEA. **Reproduced by permission of International IDEA from *Reforma política y electoral en América Latina*, © Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM and International Institute for Democracy and Electoral Assistance 2007.**

tivas la representatividad popular en los órganos electos, hacer realidad la participación democrática, asegurar la transparencia y rendición de cuentas y en fin, la gobernabilidad de la democracia. En ese contexto de crisis, en 1994 se produjo la reelección de Rafael Caldera, precisamente como candidato antipartido –habiéndolo sido él uno de los constructores del sistema democrático de partidos–, y en 1998, la elección de Hugo Chávez Frías, quien había intentado un golpe de Estado militar durante el segundo gobierno de Carlos Andrés Pérez en 1992, como candidato que también levantó la bandera antipartidos. A ello se agregó. También, la bandera de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente como fórmula de solución de todos los males políticos nacionales, que tendría a su cargo la transformación del Estado y el establecimiento de un nuevo orden jurídico e institucional.

En ese contexto fue que se desarrolló el proceso constituyente de 1999, el cual, sin duda, hubiera podido haber sido una oportunidad excepcional para acometer la reforma del Estado y perfeccionar la democracia después de sus cuatro décadas de funcionamiento. Sin embargo, no fue así. La Asamblea Nacional Constituyente fue dominada con una abrumadora mayoría por los partidos que apoyaron al Presidente de la República, de manera que la Constitución no fue producto de consenso o conciliación algunos, sino que fue impuesta por esa mayoría. Con el apoyo de esa mayoría, la Asamblea Constituyente dio un golpe de Estado, mediante la intervención de todos los poderes públicos constituidos y que habían sido recién electos, violando las previsiones de la Constitución de 1961 cuya interpretación judicial le había dado nacimiento y que todavía estaba vigente. El resultado del trabajo constituyente fue la sanción por la Asamblea de una nueva Constitución que luego fue aprobada mediante referéndum en diciembre de 1999. Sin embargo, la entrada en vigencia del nuevo texto fue traumática, pues se comenzó a violar por la misma Asamblea Constituyente una semana después de ser aprobada por el pueblo, y antes de su publicación, mediante la emisión de un Régimen de Transición del Poder Público que aun cuando no formaba parte de la Constitución, el Tribunal Supremo de Justicia que fue el principal producto de ese mismo régimen, se encargó de legitimar y darle rango constitucional. Así se dio comienzo a la implementación del marco autoritario que la Constitución contenía, utilizándose para ello la transitoriedad constitucional fuera de la Constitución que adoptó la Asamblea, con el aval por el Tribunal Supremo.

En esa forma, en los años siguientes a 2000, la Constitución se ha aplicado a medias, y a pesar de las floridas disposiciones que contiene sobre división y distribución del poder, el sistema político que ha resultado ha sido un sistema de concentración extrema del poder en manos del Ejecutivo, y de centralismo de Estado a pesar del ropaje federal que continúa existiendo. El sistema de gobierno al amparo de la Constitución, se ha tornado en mucho más presidencialista, al haberse consolidado el predominio exacerbado del Poder Ejecutivo sobre los otros poderes públicos por el control que ejerce sobre el partido de gobierno, habiendo pasado a dominar políticamente la Asamblea Nacional, la cual además, desde 2000 es unicameral. A través de ello, el Poder Ejecutivo a concentrado más poder, controlando políticamente todos los demás poderes del Estado, particularmente el poder judicial y el poder electoral, con lo que los problemas de gobernabilidad, representatividad y control se han agravado y la participación se ha convertido en una ilusoria movilización popular, dada la centralización del poder en perjuicio de la federación y de los municipios. Estos han venido siendo sustituidos como la unidad política primaria que deberían ser conforme se establece la Constitución, por unos concejos comunales que no

tienen asidero constitucional, pero en los cuales se pretende centrar la participación popular mediante el manejo de ingentes recursos, pero sin autonomía política alguna, ya que dependen directamente del Presidente de la República, controlados por el partido de gobierno.

La concentración del poder en el Presidente, a pesar de los principios constitucionales, por otra parte, ha originado que no haya transparencia alguna en la gestión pública, la cual no es controlada efectivamente por los órganos del Estado llamados a hacerlo, en particular, por el Poder Ciudadano, por lo cual no hay posibilidad alguna de exigir rendición de cuentas. Por ello, la posibilidad de gobernabilidad democrática es mínima, y lo que existe es un sistema de gobierno autoritario que ha concentrado y centralizado todos los poderes del Estado. En esta forma, utilizando mecanismos electorales, en fraude a la propia democracia y a la Constitución, se ha venido progresivamente minando la democracia representativa, pretendiendo sustituirla por una democracia participativa, que de democracia solo tiene el nombre.

En conclusión, las exigencias de reformas al sistema político para perfeccionar la democracia que se planteaban en 1998, en fraude a la Constitución de 1961 abrieron la vía para la convocatoria en 1999 de una Asamblea Nacional Constituyente, la cual no sólo violó la Constitución de 1961 cuya interpretación le dio origen, sino la propia Constitución que sancionó en 1999, sentando las bases de una transitoriedad constitucional, conforme a la cual, al margen de la propia Constitución y utilizando los propios mecanismos electivos, en fraude a la democracia, se ha venido demoliendo la propia democracia representativa, para sustituirla por un sistema de participación directa del pueblo, comandado por un Presidente de la república que incluso ha propuesto formalmente reformar de nuevo la Constitución, para perpetuarse en el poder.

En ese marco, las reformas de 1999 han producido como consecuencia el desmoronamiento definitivo del sistema tradicional de partidos políticos pluralistas y con posibilidad de alternancia, siendo sustituido por un sistema de partido único imbricado en el propio Estado, y por tanto, financiado directa e indirectamente con fondos públicos, a pesar de la prohibición constitucional en la materia.

En esta forma, Venezuela, con su nueva Constitución de 1999, llena de contradicciones constitucionales (una Federación centralizada y sin Senado; un Poder Legislativo y una delegación legislativa ilimitada; y una penta división del Poder con una concentración inusitada del poder en el órgano político representativo), ha constitucionalizado el camino hacia el autoritarismo. La democracia, por tanto, con ese esquema constitucional difícilmente puede ser efectiva, y menos aún el Estado de derecho.

I. REFORMAS AL RÉGIMEN DE GOBIERNO

Durante todo el período 1958-1999, el sistema de gobierno venezolano se caracterizó por ser un gobierno presidencial con sujeción parlamentaria, en el cual el Poder Ejecutivo estaba sometido a múltiples controles e injerencias por parte del antiguo Congreso, a través del Senado y de la Cámara de Diputados.

El sistema de balance y contrapesos se había establecido en la Constitución de 1961, con un relativo predominio del parlamento, entre otros factores, como reacción a los sistemas autoritarios que habían caracterizado el sistema político antes de 1958. Por ello, conforme a la Constitución de 1961, el gobierno, para funcionar, necesitaba del apoyo del poder legislativo, lo que dio origen a múltiples alianzas y coaliciones político-partidistas, habiendo sido excepcional, durante el período, que un Presidente de la República contara con mayoría absoluta en el parlamento. La democracia representativa, en todo caso, requería ser perfeccionada, y a ello apuntaban las aspiraciones y expectativas que se abrieron con la convocatoria al proceso constituyente de 1999.

1. Reformas para reequilibrar las relaciones entre Ejecutivo y Legislativo

En efecto, después de 40 años de proceso democrático (1958-1998), con motivo del proceso constituyente de 1999, el cual fue provocado por la crisis de los partidos políticos y, particularmente, por la falta de los mismos en poder dar la respuesta reformista requerida, que fue lo que los caracterizó a partir de los años ochenta; en la Constitución de 1999 se introdujeron diversas reformas políticas que supuestamente buscaban reequilibrar las relaciones entre el poder ejecutivo y el poder legislativo y, en particular, apuntaban a minimizar el protagonismo que habían tenido los partidos políticos.

El resultado de las mismas, en la práctica, en primer lugar, ha sido la ruptura de equilibrio entre el poder legislativo y el poder ejecutivo, en el sentido de que el sistema presidencial, tal como ha sido diseñado, sólo puede funcionar si el Ejecutivo controla políticamente al Legislativo, es decir, la gobernabilidad del sistema depende de dicho control, pues a la vez es el legislativo el que controla los otros poderes del Estado; y en segundo lugar, en lugar de haberse logrado la despartidización del sistema, lo que ocurrió fue la virtual desaparición del pluralismo partidista tradicional y su sustitución por un sistema de partido dominante -que en 2006 se ha propuesto convertirlo en un partido único- comandado por el propio Presidente de la República y los altos funcionarios del Estado, produciéndose una imbricación entre partido y Estado nunca antes conocida en el país.

En relación con las reformas que en la Constitución de 1999 se introdujeron respecto del régimen presidencial, se destacan las siguientes:

A. Facultades legislativas del Presidente:

a. Poder y veto de la legislación

Al sistema tradicional de veto a las leyes que siempre ha tenido el Presidente de la República, mediante el cual, dentro de los 10 días que tiene para su promulgación, puede devolverlas a la Asamblea Nacional sea para su modificación (veto parcial) o para el levantamiento de su sanción (veto total), se ha agregado un mecanismo de control preventivo de constitucionalidad de las leyes mediante solicitud que a tal efecto el Presidente de la República puede formular ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, dentro del mismo lapso de promulgación, (art. 214).

b. *Emisión de decretos leyes*

En la Constitución de 1999 se han ampliado en forma exorbitante las potestades legislativas del Presidente de la República, autorizándolo a emitir decretos leyes en dos aspectos específicos: en primer lugar, en cuanto a la organización de la Administración Pública ministerial, que dejó de ser atribución del poder legislativo y pasó a ser competencia exclusiva del Presidente de la República (art. 236,20); y en segundo lugar en materia de legislación delegada, mediante la cual el Presidente no sólo está autorizado para dictar medidas extraordinarias en materias económica y financiera por un período determinado de tiempo previa habilitación por el órgano legislativo como se regulaba en la Constitución de 1961, sino que se ha regulado la posibilidad de una auténtica e ilimitada delegación legislativa por parte de la Asamblea Nacional en el Presidente de la República, para legislar también en un lapso determinado pero sobre cualquier materia. Ello, en la práctica, de los últimos años ha originado que casi toda la legislación básica del país haya sido dictada mediante decretos leyes (art. 203), mediante las delegaciones de 2002 y de 2007, esta última a pesar de que el partido de gobierno domina la totalidad de los escaños en la Asamblea Nacional. .

Con ello, el proceso de consulta pública de los proyectos de ley que la Constitución impone a la Asamblea Nacional (artículos 206 y 211) se ha burlado, y la reserva legal prevista en la Constitución para regular por la representación popular materias específicas como la legislación relativa a los derechos fundamentales, ha sido ignorada.

c. *La iniciativa legislativa*

Si bien el Presidente de la República continúa teniendo iniciativa para la propuesta de proyectos de leyes al parlamento, la Constitución ha ampliado la iniciativa hacia todos los poderes del Estado respecto de las leyes que les conciernen, y ha dispuesto la posibilidad de iniciativa popular de proyectos de leyes por un número de personas equivalente al 0,1 % del los inscritos en el registro electoral (art. 204).

d. *Definición del presupuesto*

Si bien la Constitución de 1999 ha continuado reservando al Poder Ejecutivo la iniciativa de la presentación a la Asamblea Nacional de los proyectos de ley de presupuesto (artículo 313), la misma puede decirse que ha ampliado las potestades ejecutivas en relación con la ejecución del presupuesto y con el endeudamiento público mediante la regulación expresa del sistema de presupuestos plurianuales y leyes generales de endeudamiento, abriendo incluso la posibilidad del establecimiento de fondos extra presupuesto para el manejo de ingresos extraordinarios, lo que ha implicado que la gestión financiera del Estado haya escapado de toda disciplina presupuestaria (arts. 311 y ss.).

En cuanto a las potestades de la Asamblea Nacional en la materia presupuestaria, la Constitución ha sido precisa al disponer que la misma puede alterar las partidas presupuestarias, pero no puede autorizar medidas que conduzcan a la disminución de los ingresos públicos ni gastos que excedan el monto de las estimaciones de ingresos del proyecto de Ley (art. 313).

e. *Convocatoria a referendo o plebiscito*

La Constitución de 1961, siguiendo la tradición constitucional anterior, sólo regulaba las líneas maestras de la democracia representativa mediante elecciones periódicas, y no establecía posibilidad alguna de mecanismos de democracia directa. La posibilidad de realización de referendos consultivos sólo se admitió en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1993.

En contraste, la Constitución de 1999, en paralelo a la regulación del sistema de sufragio como instrumento de la democracia representativa, han establecido múltiples mecanismos de democracia directa, entre los cuales están los referendos consultivos, los revocatorios, los aprobatorios y los abrogatorios (arts. 71-74). Salvo respecto de los referendos revocatorios en los cuales la iniciativa es siempre popular, en los referendos consultivos nacionales y en los referendos abrogatorios se atribuye iniciativa al Presidente de la República. Igualmente en los casos de referendos aprobatorios de tratados, acuerdos o convenios internacionales (art. 236, 22).

En 2004 se efectuó, después de múltiples inconvenientes y de la consolidación del control por parte del poder ejecutivo sobre el poder electoral, un referendo revocatorio presidencial que se convirtió en un referendo “ratificatorio” no previsto en la Constitución.

B. Poderes presidenciales no legislativos

En el ejercicio de sus funciones en relación con los funcionarios ejecutivos, el Presidente de la República ejerce sus funciones con entera independencia, salvo en los casos de designación del Procurador General de la República y de los jefes de misiones diplomáticas permanentes, para lo cual se requiere previa autorización del a Asamblea nacional (art. 236, 15).

a. *Formación del gabinete*

Al Presidente de la República le corresponde exclusivamente la designación del Vice Presidente Ejecutivo, cargo que se concibe en la Constitución como el de un órgano directo del Presidente y su colaborador inmediato, de su libre nombramiento y remoción (art. 238). No se trata, por tanto, de ningún mecanismo institucional para establecer atenuaciones de parlamentarismo al presidencialismo, sino de al contrario de reforzar el presidencialismo. Al Vice Presidente le corresponde entre otras atribuciones, la de colaborar con el Presidente en la acción de gobierno, coordinar la Administración Pública de acuerdo con las instrucciones del Presidente, proponerle el nombramiento y remoción de los ministros, nombrar funcionarios, presidir el Consejo de Ministros previa autorización del Presidente y suplir sus faltas temporales (art.

239). El Vicepresidente, por tanto, en realidad no pasa de ser un coordinador del gabinete, por delegación presidencial, lo cual puede contribuir a aligerar las cargas del jefe del Estado y del gobierno.

El Presidente de la República también tiene la potestad exclusiva de designar a los Ministros, también concebidos como sus órganos directos, los cuales reunidos integran el Consejo de Ministros. Este órgano colectivo ministerial debe ser presidido por el Presidente de la República, y si bien el Vice Presidente puede ser autorizado para presidirlo, para la validez de las decisiones que en ese caso se adopten, deben ser ratificadas por el Presidente de la República (art. 242).

b. *Destitución de ministros*

Al igual que el Vicepresidente, los Ministros son de la libre remoción o destitución por el Presidente de la República. El Vicepresidente sólo está facultado para proponerle la remoción de los mismos (art. 239,3).

c. *Voto de censura al Vicepresidente y a los ministros*

Con la creación del cargo de Vicepresidente en la Constitución de 1999, se estableció, además de la posibilidad de voto de censura respecto de los ministros que se regulaba en la Constitución de 1961, la posibilidad para la Asamblea Nacional de aprobar una moción de censura al Vicepresidente Ejecutivo con una votación no menor de las 3/5 partes de sus integrantes, la cual implica su remoción (art. 240), con la consecuencia de que el funcionario removido no puede optar al cargo de Vicepresidente Ejecutivo o de Ministro por el resto del período presidencial.

Debe indicarse que en contrapeso a esta potestad legislativa, que no se ha puesto aún en práctica, la Constitución de 1999 dispuso la posibilidad para el Presidente de la República de poder disolver la Asamblea Nacional en caso de que se produzca la remoción del Vicepresidente Ejecutivo como consecuencia de la aprobación de tres mociones de censura dentro de un mismo período constitucional. Esta es la única posibilidad que tiene el Presidente de la República de disolver la Asamblea, hecho que se puede considerar como de difícil materialización, salvo que la propia Asamblea así lo provoque aprobando el tercer voto de censura. En todo caso, el decreto de disolución conllevaría la convocatoria de elecciones para una nueva legislatura dentro de los 60 días siguientes a su disolución. En ningún caso la Asamblea no puede ser disuelta en el último año de su período constitucional (art. 240).

En cuanto a los Ministros, la Asamblea Nacional puede aprobar mociones de censura a los Ministros, en cuyo caso, si la misma se adopta con el voto de no menos de las 3/5 partes de los integrantes presentes de la Asamblea Nacional, ello implica la remoción del Ministro censurado (art. 246). En este caso, el Ministro removido no puede optar al cargo de Ministro ni de Vicepresidente Ejecutivo por el resto del período presidencial.

C. Poderes de control del poder legislativo sobre el presidente:

En el sistema presidencial venezolano, los Ministros no sólo pueden ser llamados a comparecer ante la Asamblea Nacional y ser interpelados, sino que tienen iniciati-

va propia para participar en los debates de la misma. Además, como se dijo la Asamblea puede aprobar votos de censura contra los Ministros. Se trata, sin duda, en este caso, de injertos parlamentarios al sistema presidencial, que de aplicarse en un sistema de separación de poderes efectivo, podrían contribuir a atenuar en presidencialismo.

a. *El derecho de palabra en la Asamblea*

Los Ministros tienen derecho de palabra en la Asamblea Nacional y en sus Comisiones (art. 211); y además, pueden tomar parte en los debates de la Asamblea Nacional, aún cuando por supuesto, sin derecho al voto (art. 245).

b. *Las interpelaciones y la obligación de comparecencia ante la Asamblea*

Por otra parte, la Asamblea Nacional puede convocar a los Ministros para que comparezcan ante ella, como parte de los poderes de control de la Asamblea Nacional en relación con los Ministros, mediante las interpelaciones y las preguntas, además de cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su reglamento (art. 222).

Todos los funcionarios públicos, incluyendo los Ministros, están obligados, bajo las sanciones que establece la ley, a comparecer ante las Comisiones parlamentarias y a suministrarles las informaciones y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones. En ejercicio del control parlamentario, la Asamblea pueda declarar la responsabilidad política de los Ministros y solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad (art. 223)

c. *Mensajes y memorias ante la Asamblea*

El Presidente de la República debe presentar personalmente un Mensaje Anual ante la Asamblea Nacional en el cual debe dar cuenta de los aspectos políticos, económicos, sociales y administrativos de su gestión (art. 237).

En cuanto a los Ministros, estos están obligados a presentar ante la Asamblea Nacional, dentro de los primeros 60 días de cada año, una memoria razonada y suficiente sobre la gestión del despacho en el año inmediatamente anterior (art. 244).

La Constitución no regula expresamente la realización de debate alguno sobre el mensaje o las memorias, ni sobre la aprobación o no de las mismas.

d. *Poderes parlamentarios de investigación*

La Asamblea Nacional puede ejercer su función de control sobre el poder Ejecutivo y la Administración Pública mediante los siguientes mecanismos: las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias previstas en la Constitución y en la ley y cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su reglamento (art. 222).

En ejercicio del control parlamentario, la Asamblea pueda declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos y solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad.

Por otra parte, tanto la Asamblea como sus Comisiones pueden realizar las investigaciones que juzguen convenientes en las materias de su competencia, de conformidad con el reglamento (art. 223). Esta facultad de investigación, sin embargo, no afecta las atribuciones de los demás poderes públicos. Sin embargo, en cuanto a los jueces, estos están obligados a evacuar las pruebas para las cuales reciban comisión de la Asamblea Nacional y de sus Comisiones (art. 224).

Todos los funcionarios públicos están obligados, bajo las sanciones que establezcan las leyes, a comparecer ante dichas Comisiones y a suministrarles las informaciones y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones. Esta obligación comprende también a los particulares; quedando a salvo los derechos y garantías que la Constitución consagra (art.223). A los efectos de asegurar la aplicación de esta norma constitucional se ha dictado la Ley Sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos y los o las Particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones de 2001.

e. Poderes relativos al nombramiento y destitución de miembros del gabinete

Como antes se ha dicho, en Venezuela el Presidente de la República tiene competencia exclusiva para la designación y remoción de los miembros de su gabinete (Vicepresidente y ministros), y sólo en los casos de votos de censura aprobados por la Asamblea Nacional con la mayoría calificada exigida en la Constitución, esta última decisión implicaría la remoción del funcionario.

2. Instituciones de rendición de cuentas

La Constitución de 1999 declara al gobierno de la República como democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables (art. 6), a cuyo efecto ha establecido algunas instituciones relativas a la rendición de cuentas, particularmente de los funcionarios electos, regulando además expresamente entre los referendos constitucionales, el referendo revocatorio de los mandatos de elección popular.

Sobre la rendición de cuentas, en cuanto al Presidente de la República, la Constitución se limitó a establecer que cada año, dentro de los 10 primeros días siguientes a la instalación de la Asamblea Nacional, en sesiones ordinarias, debe presentar un mensaje en que debe dar cuenta de los aspectos políticos, económicos, sociales y administrativos de su gestión durante el año inmediatamente anterior (art. 237).

En cuanto a los diputados a la Asamblea Nacional, además de disponer que los mismos están obligados a cumplir sus labores a dedicación exclusiva, en beneficio de los intereses del pueblo y a mantener una vinculación permanente con sus electores, atendiendo sus opiniones y sugerencias y manteniéndolos informados acerca de su gestión y la de la Asamblea (art.197); les impone la obligación de dar cuenta anualmente de su gestión a los electores, estando sometidos al referendo revocatorio del mandato (art. 197).

En cuanto a los Gobernadores de Estado, en una incomprensible reacción contra el rol de la representación política en los Consejos Legislativos Estadales, en la Constitución se dispuso que aquellos deben rendir cuenta de su gestión, anual y públicamente, sólo ante el Contralor del Estado. Ante los Consejos Legislativos sólo deben presentar un informe (art. 161), sin establecer modalidad alguna de debate o de aprobación.

Ahora bien, en relación con el tema de la rendición de cuentas, debe hacerse mención al referendo revocatorio, como institución de democracia directa que deriva del principio constitucional de que “todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables” (art. 72). Por tanto, la revocación de mandatos se configura como uno de los “medios (en lo político) de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía” (art. 70).

Ahora bien, la revocatoria del mandato de los funcionarios electos (Presidente de la República, Gobernadores de Estado, Alcaldes y Diputados a la Asamblea nacional, legisladores estadales y concejales municipales) sólo puede producirse mediante la realización de un referendo revocatorio, el cual conforme al artículo 72 de la Constitución, se rige por las siguientes reglas:

Primero, sólo puede efectuarse una vez transcurrido la mitad del período de gobierno para el cual fue electo el funcionario.

Segundo, la solicitud de la convocatoria de un referendo sólo puede tener su origen en una iniciativa popular, respaldada por un número no menor del 20% de electores inscritos en el Registro Civil y Electoral en la correspondiente circunscripción electoral para el momento de presentación de la solicitud. Debe señalarse, además, que en ningún caso se puede hacer más de una solicitud de revocación del mandato durante el período para el cual fue elegido el funcionario.

Tercero, la solicitud se debe formular ante el Consejo Nacional Electoral, órgano al cual compete la organización, administración, dirección y vigilancia de los referendos (art. 293, 5).

Cuarto, al referendo revocatorio convocado deben concurrir, como votantes, un número de electores igual o superior al 25% de los electores inscritos en el Registro Electoral para el momento de la votación.

Quinto, para que se produzca la revocatoria del mandato de un funcionario público electo, deben votar a favor de la revocación, un número igual o mayor al número de electores que lo eligieron. En este caso, se considera revocado el mandato del funcionario y debe entonces procederse de inmediato a cubrir la falta absoluta de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución (arts. 72; 233).

En cuanto al Presidente de la República, considerándose la revocatoria del mandato como falta absoluta, en caso de aprobarse debe procederse a cubrir la falta según que ésta ocurra durante los primeros cuatro años de los seis del período constitucional o durante los dos últimos: En el primer caso, debe procederse a una nueva elección presidencial para que, quien resulte electo, complete el período constitucional por los dos años restantes; y en el segundo caso, el Vicepresidente Ejecutivo es quien debe asumir la Presidencia hasta completar dicho período. 233

La Constitución sólo reguló expresamente los efectos de la revocatoria sobre el funcionario revocado respecto de los diputados a la Asamblea Nacional, en cuyo caso, estos no pueden optar a cargos de elección popular en el siguiente período

constitucional (art. 198). Nada se reguló en los casos de referendos revocatorios de mandato de otros funcionarios.

En cuanto a los referendos revocatorios, como se dijo, la única experiencia que ha habido en Venezuela fue la del referendo revocatorio efectuado el 15 de agosto de 2004 respecto del Presidente de la República Hugo Chávez Frías, quien había sido electo en agosto de 2000 con una votación de 3.757.774 electores. En dicho referendo de 2004 votaron a favor de la revocatoria de su mandato 3.989.008 electores, es decir, un número mayor de aquellos que lo eligieron, por lo que conforme al artículo 72 de la Constitución, se debía considerar revocado su mandato y se debía proceder de inmediato a realizar una elección para cubrir la falta absoluta que se había producido.

Dicho referendo revocatorio del mandato presidencial, sin embargo, por una interpretación del Consejo Nacional Electoral, evidentemente contraria a la Constitución, contenida en una normativa dictada mediante un acto administrativo, y luego, por una frase inserta en una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, fue convertido, de golpe, en un “referendo ratificador” del mandato del Presidente de la República, institución que no tiene asidero constitucional alguno. Dicha experiencia, por lo demás, fue traumática desde el punto de vista de la participación popular: los más de tres millones de electores que firmaron la petición solicitando la convocatoria del referendo, en dos intentos en 2002 y 2003, mediante la publicación de la lista de los mismos por un diputado del partido de Gobierno (la llamada “Lista de Tascón”) fueron sistemática e impunemente discriminados en sus relaciones con el Estado, de manera que los que eran funcionarios fueron destituidos, los que aspiraban a ser incorporados a la función pública fueron descartados, y todos los que tenían que hacer gestiones ante la Administración para el ejercicio de los más elementales derechos (por ejemplo, la obtención de su cédula de identidad o un pasaporte) fueron acosados.

Difícilmente, en esas circunstancias, se podrá efectuar algún otro intento de referendo en el país, ya que el simple ejercicio de un derecho constitucional de petición, convierte al peticionario en un excluido político.

3. El acentuado militarismo

La Constitución de 1999, también dentro de sus innovaciones, consagró un acentuado esquema militarista como no se conocía en la última centuria; lo cual si se agrega al presidencialismo como forma de gobierno y a la concentración de poderes en la Asamblea Nacional y el Presidente de la República cuando la controla, lo que pone en evidencia es el autoritarismo como forma de gobierno.

En la Constitución, en efecto, se eliminó toda idea de sujeción o subordinación de la autoridad militar a la autoridad civil; dándose, al contrario, una gran autonomía a la autoridad militar y a la Fuerza Armada, con la posibilidad incluso de intervenir sin límites en funciones civiles, bajo la única comandancia general del Presidente de la República. Ello se evidencia, por ejemplo, tanto de la incorporación de algunas regulaciones como de la ausencia de las mismas:

Primero, se eliminó la tradicional prohibición que existía en el constitucionalismo histórico respecto del ejercicio simultáneo de la autoridad civil con la autoridad

militar. Segundo, se eliminó el control civil parlamentario en relación con la promoción de militares de altos rangos, y que había sido diseñado por los hacedores de la República a comienzos del Siglo XIX. Esa promoción, en la Constitución, es una atribución exclusiva de la Fuerza Armada y de su comandante general, el Presidente de la República (art. 331). Tercero, se eliminó la norma que establecía el carácter apolítico de la institución militar y su carácter no deliberante, lo cual abrió el camino para que la Fuerza Armada delibere e intervenga en los asuntos que estén resolviendo los órganos del Estado. Cuarto, se eliminó de la Constitución la obligación de la Fuerza Armada de velar por la estabilidad de las instituciones democráticas que antes estaba prevista expresamente. Quinto, y más grave aún, se eliminó la obligación de la Fuerza Armada de obedecer la Constitución y leyes, cuya observancia debía estar siempre por encima de cualquier otra obligación, como lo establecía la Constitución anterior. Sexto, por vez primera en la historia del país, se le concedió a los militares el derecho al voto (art. 330), lo cual ha mostrado ser políticamente incompatible con el principio de obediencia. Séptimo, la nueva Constitución estableció el privilegio de que el Tribunal Supremo de Justicia debe decidir si hay méritos para juzgar a los militares de alto rango de la Fuerza Armada (art. 266,3), lo cual siempre había sido un privilegio procesal reservado a altos funcionarios civiles, como el Presidente de la República. Octavo, se sujetó el uso de cualquier tipo de armas en el país a la autoridad de la Fuerza Armada (art. 324), control éste que antes estaba atribuido a la administración civil. Noveno, se estableció la posibilidad de poder atribuir a la Fuerza Armada funciones de policía administrativa (art. 329). Finalmente, décimo, se adoptó el concepto de la doctrina de seguridad nacional (art. 326), definida de forma total, global y omnicompreensiva, conforme a la cual, como había sido desarrollada en los regímenes militares de América Latina en los setenta, casi todo lo que suceda en la Nación concierne a la seguridad del Estado, aun el desarrollo económico y social.

Todo esto ha dado origen a un esquema militar que es una novedad constitucional y ha venido conduciendo a una situación en la cual la Fuerza Armada, con el soporte del Jefe de Estado, se ha apoderado de la Administración civil del Estado, como ha venido ocurriendo en los últimos años. Todas estas disposiciones muestran un cuadro constitucional de militarismo verdaderamente único en la historia política y constitucional de América Latina, que no se encuentra ni siquiera en las Constituciones de los anteriores regímenes militares.

En esta forma el militarismo se ha apoderado del Estado, de manera que aún cuando el régimen autoritario que se ha establecido no haya sido fruto de un golpe militar, en definitiva, otro valor fundamentales para la democracia como es la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida, por el apoderamiento militar del Estado y su imbricación con el Partido Único, se ha resquebrajado, habiendo quedado el respeto al Estado de derecho como otro valor pospuesto por todas las entidades y sectores de la sociedad.

II. REFORMAS AL SISTEMA ELECTORAL

1. El órgano electoral

En relación con las reformas electorales, quizás la más significativa en los últimos años ha sido la referente a los organismos electorales que se han creado, en principio, para garantizar su autonomía e independencia.

En tal sentido, la Constitución de 1999 estableció una penta separación del Poder Público, al disponer que “El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral” (Art. 136), creando entonces al Poder Electoral con autonomía orgánica y funcional en relación con los otros poderes, cuyo ejercicio se atribuyó al Consejo Nacional Electoral como ente rector; el cual además, tiene como organismos subordinados al mismo, a la Junta Electoral Nacional, a la Comisión de Registro Civil y Electoral y a la Comisión de Participación Política y Financiamiento (Art. 292). El Poder Electoral fue regulado en la Ley Orgánica del Poder Electoral *Gaceta Oficial* N° 37.573 de 19-11-2002.

Este órgano, además, ha sido dotado de amplias potestades normativas, en particular, la función de “Reglamentar las leyes electorales y resolver las dudas y vacíos que éstas susciten o contengan” (Art. 293, 1).

Aún cuando para la designación de los miembros (rectores) del Consejo nacional Electoral, la Constitución dispuso la intervención de un Comité de Postulaciones electorales (art. 295) para asegurar la participación ciudadana, y el nombramiento por las 2/3 partes de la Asamblea Nacional (art. 296), en la práctica por la situación política extremadamente polarizada del país, el nombramiento de dichos funcionarios ante la omisión legislativa, se hizo en 2004 por la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de forma tal que consolidó el control político ejecutivo sobre dicho organismo, lo que se ha reforzado posteriormente por la composición de la Asamblea nacional en las elecciones de 2005 por sólo representantes del partido de gobierno.

La Constitución de 1999 creó además, en el Tribunal Supremo de Justicia, una Sala Electoral (Art. 262) a la cual le atribuyó la jurisdicción contencioso-electoral (Art. 297), la cual se configura como una jurisdicción contencioso-administrativa especializada en materia electoral.

2. Elección presidencial

La tradición en Venezuela a partir de 1958 y hasta 2000, fue la de una sistema democrático en la cual los diversos grupos políticos tuvieron opciones reales de acceso al poder, mediante elecciones competitivas, que en general fueron dominadas por los partidos políticos que funcionaron durante cuatro décadas; partidos que cubrieron todo el espectro político, y que tuvieron su origen en los movimientos sociales y estudiantiles desarrollados entre los años treinta y cuarenta del siglo pasado.

Ese panorama político cambió a partir de 2000, pues dado el marco autoritario que configuró la Constitución, basado en la concentración y centralización del poder, puede decirse que las posibilidades de alternabilidad republicana se han tornado ilusorias.

A. Sistema de elección

El sistema de elección del Presidente de la República en la Constitución de 1999 es el mismo que estaba previsto en la Constitución de 1961, el cual a pesar de las propuestas de reforma que se formularon ante la Asamblea Constituyente permaneció inalterado.

Se trata de un sistema de elección por mayoría simple mediante votación universal, directa y secreta (art. 228). Por tanto, se proclama electo el candidato que hubiere obtenido la mayoría de votos válidos. A pesar de que en la Asamblea Constituyente se propuso la propuesta para que en la nueva Constitución se estableciera el principio de la mayoría absoluta y la doble vuelta en la elección presidencial, ello no fue aceptado.

B. Reelección presidencial

La tradición en Venezuela por más de un siglo, fue la prohibición absoluta de la reelección inmediata del Presidente de la República. Sólo en la Constitución de 1961 se admitió la reelección presidencial pero después de transcurridos 10 años de la terminación del primer mandato, es decir, luego de transcurridos dos períodos constitucionales. Este sistema fue radicalmente cambiado en la Constitución de 1999, estableciéndose no sólo un período constitucional de 6 años (en lugar de los 5 años previstos en la Constitución de 1961) sino la posibilidad de reelección inmediata, aún cuando por una sola vez, para un período adicional (art. 250). En 2007, entre las propuestas de reforma constitucional formuladas por el Presidente de la República, ha estado la posibilidad de reelección presidencial indefinida.

En todo caso, independientemente de ello, el actual sistema de extenso período constitucional con reelección inmediata, es uno de los elementos que refuerzan el presidencialismo.

C. Duración del mandato presidencial:

Contrariamente a lo que establecía la Constitución de 1961, en el sentido de un período constitucional único para todos los niveles de gobierno, la Constitución de 1961 ha establecido períodos constitucionales variados: El período constitucional del Presidente de la República es de 6 años (art. 230), en forma diferente a los otros períodos de duración de mandato de los otros funcionarios electos: un período de 5 años para los diputados a la Asamblea Nacional, y de 4 años para los Gobernadores de Estado, los legisladores miembros de los Consejos Legislativos estatales, los Alcaldes y los concejales miembros de los Consejos Municipales (arts. 160, 162, 174, 175).

Lamentablemente, este factor no ha contribuido a aumentar la participación popular en las elecciones, de manera que incluso, el grado de abstención en las elecciones municipales en los últimos años ha llegado a niveles nunca antes conocidos, cerca del 70%.

D. Elecciones.

Hasta 1993, las elecciones en Venezuela habían sido simultáneas. Con motivo de la reforma de la Ley Orgánica del Sufragio y de acuerdo con lo que autorizaba la Constitución de 1961, en 1998, por primera vez se separaron las elecciones para los cuerpos representativos nacionales y para los funcionarios estatales que se eligieron en forma separadas de la elección para Presidente de la República.

Esta reforma se recogió en la Constitución de 1999, particularmente dado que los períodos de duración del mandato de los funcionarios electos son diferentes, originando en consecuencia, que las elecciones se realicen en forma separada, salvo respecto de las elecciones para funcionarios estatales y municipales que se realizan en forma simultánea. Por tanto, ahora las elecciones siempre son separadas respecto de la elección de los diputados a la Asamblea Nacional, y todas, respecto de la elección presidencial.

El día de las elecciones, conforme a la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, siempre se fija para un día domingo.

El registro electoral es permanente, correspondiendo su organización, actualización y supervisión al Consejo Nacional Electoral.

Habiendo dejado de ser obligatorio el voto en la Constitución de 1999 (contrariamente a lo que prescribía la Constitución de 1961), hasta tanto se produzca la integración que la Constitución prescribe entre el Registro Civil y el Electoral (art. 293), la inscripción en el registro electoral puede considerarse como optativa.

3. Elección legislativa

A. Funciones claves del sistema electoral

El sistema electoral de los órganos legislativos en Venezuela, conforme a la Constitución de 1961, se había concebido de manera tal que se asegurara que los partidos políticos obtuvieran representación proporcional en los órganos legislativos, mediante la aplicación del sistema d'Hondt. El principio de la representación proporcional, por tanto, fue el signo común de las elecciones efectuadas para los cuerpos durante todo el período democrático hasta 1993, cuando se establecieron en la legislación, y conforme lo autorizaba la Constitución, mecanismos que combinaron la representación proporcional con la elección mayoritaria en circunscripciones uninominales o plurinominales. Ese esquema se constitucionalizó posteriormente en la Constitución de 1999

B. Sistema electoral utilizado en los órganos legislativos:

En efecto, en cuanto a la elección de los cuerpos legislativos, el principio general de la sola representación proporcional de las minorías que conforme a la Constitución de 1961, que hasta las elecciones de 1989 se aplicó para la elección de los cuerpos representativos, se modificó en la reforma de la Ley Orgánica del Sufragio de 1993, en la cual se combinó el principio de la representación proporcional con la personalización del sufragio.

En consecuencia, desde la elección de 1993 hasta la elección de 1998, el sistema electoral para la elección de los miembros del antiguo Congreso, se rigió por los siguientes principios: Para la Cámara del Senado, la elección se efectuó mediante representación proporcional a través de listas cerradas y bloqueadas en circunscripciones binominales mediante el sistema d'Hondt y adjudicación de cargos adicionales por cociente electoral. En la Constitución de 1999 el Senado fue eliminado, estableciéndose un parlamento unicameral.

Para la elección de la Cámara de Diputados y los miembros de las antiguas Asambleas Legislativas de los Estados, la elección de los diputados se efectuó mediante el sistema de "representación proporcional personalizada", que combinó la proporcionalidad (voto lista con adjudicación de escaños mediante el sistema D'Hondt) con la uninominalidad (en circunscripciones uninominales o plurinominales), de manera que aproximadamente la mitad de los cargos se eligió mediante listas cerradas y bloqueadas, y la otra mitad, mediante voto uninominal por mayoría relativa, en circunscripciones que fueron de un escaño (uninominales) o de varios escaños (plurinominales).

De acuerdo con este sistema, en cada una de las circunscripción electoral que equivale a los Estados de la Federación, los partidos y organizaciones políticas pudieron postular una lista de candidatos y, además, los candidatos necesarios para los cargos personalizados, de manera que los electores votaron a la vez por una de las listas y por tantos candidatos nominales como correspondiera a su circunscripción (uninominal o plurinominal), incluyendo la posibilidad de seleccionar la lista de un partido y un candidato de otro.

En la Constitución de 1999, como se dijo, se eliminó el Senado y, por tanto, desapareció el casi bicentenario sistema parlamentario bicameral que había existido en el país desde 1811, sustituyéndose por un sistema parlamentario unicameral, con una Asamblea Nacional, cuyos diputados, de acuerdo con lo dispuesto en la propia Constitución, al igual que todos los cuerpos representativos estatales y municipales, deben ser electos mediante un sistema que combine "el principio de la personalización del sufragio con la representación proporcional (art. 63). Así se reguló, además, en el Estatuto Electoral del Poder Público que dictó la Asamblea nacional Constituyente en enero de 2000 (*G.O.* N° 36.884 de 03-02-2000), en el cual se dispuso que el 60% de todos los representantes populares debían ser elegidos en circunscripciones uninominales, según el principio de la personalización; y el 40 % de debía elegir por lista, según el principio de la representación proporcional (art. 15). Para garantizar la combinación y aplicación de ambos sistemas, conforme a la Ley Orgánica y el Estatuto Electoral, el procedimiento de adjudicación de puestos comienza mediante la adjudicación de los electos por representación proporcional en las circunscripciones plurinominales, para posteriormente sustraer de los puestos adjudicados en esa forma a los partidos, los que obtengan por mayoría de votos en las circunscripciones uninominales y, en esa forma, poder mantener el grado requerido de proporcionalidad entre los votos obtenidos y los puestos adjudicados.

El sistema opera, por supuesto, en relación con los candidatos de un mismo partido postulados para la elección mayoritaria en los circuitos uninominales y para la elección por lista en las circunscripciones plurinominales. Por tanto, si un partido sólo postula para elecciones uninominales o solo postula para las elecciones en las circunscripciones por lista, no habría deducción alguna que hacer, de manera que

una forma de burlar la Constitución y la Ley y eliminar la proporcionalidad fue la desarrollada por la práctica política en 2005, por los partidos que respaldaban al gobierno, conforme al método que se denominó de “las morochas”, y que consistió en un sistema de postulación de candidatos a cuerpos deliberantes, donde una pluralidad de partidos o grupos políticos actuaron postulando candidatos por lista y candidatos nominales; pero con la característica de que los partidos agrupados, participaron postulando en sus listas, pero no lo hicieron en los circuitos uninominales, de manera que los candidatos electos en estos, no se le dedujeron a los electos en las listas, atribuyéndose al grupo o partido político más representantes que los que le debían corresponder mediante el método del cociente. El método, aceptado por el Consejo Nacional Electoral, fue impugnado vía acción de amparo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el cual mediante sentencia No. 74 de 25 de enero de 2006 (*Revista de Derecho Público*, No. 105, Caracas 2006, pp. 122-144) se limitó a señalar que “El principio de personalización del sufragio está garantizado por la nominalidad y la representación proporcional por el voto lista, dejando a la iniciativa de los ciudadanos y de las organizaciones políticas el sistema de selección y postulación de sus candidatos”. El Magistrado que salvó su voto respecto de dicha decisión (Pedro Rafael Rondón Haaz), calificó el método como “un fraude a la Ley y más grave aún, en un fraude a la Constitución, a través de un evidente abuso de las formas jurídicas en pro de conseguir una finalidad distinta a la que las normas constitucional y legal establecieron respecto del método de elecciones mixtas uninominal-lista y a través de un evidente abuso de derecho de las organizaciones con fines políticos a postular candidatos” (*Idem*).

Hasta febrero de 2007 no se había dictado la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política adaptada a la nueva Constitución, por lo que las elecciones efectuadas para los diputados de la Asamblea Nacional desde 1999 hasta 2006, se realizaron de acuerdo con las normas previstas en la Ley Orgánica del Sufragio de 1993 con reformas en 1998, que regía para la elección de los diputados al antiguo Congreso, con la eliminación de la figura de los diputados adicionales por cociente electoral (que existía desde los años cuarenta conforme al sistema d’Hondt), tal como fue decidido por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia No. 17 de 14 de marzo de 2000 (*Revista de Derecho Público*, No. 81, 2000, pp. 97 ss); y en el Estatuto Electoral del Poder Público de 2000, a pesar de que el mismo fue dictado por la Asamblea Constituyente sólo para regir las elecciones de ese año.

4. Reformas a instituciones de democracia directa

La Constitución venezolana de 1999 fue clara en disponer que “La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público” (art. 5). Se estableció, en consecuencia, la democracia representativa combinada con mecanismos de democracia directa.

Además, el artículo 70 de la Constitución enumeró expresamente a los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en la forma siguiente: “en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas deci-

siones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico: las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad”.

En cuanto a los mecanismos políticos de participación ya nos hemos referido anteriormente a la elección de cargos públicos, a los diversos referendos y en particular a la revocación de mandatos mediante referéndum y a las iniciativas legislativas. Nos referimos ahora a la consulta popular, a la iniciativa popular, a los cabildos abiertos y las asambleas de ciudadanos.

A Consulta popular

La consulta popular ha sido regulada expresamente en la Constitución para la sanción de las leyes por la Asamblea Nacional, disponiendo el artículo 211 de la Constitución que durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, la Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes deben consultar a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos. En este caso, tienen derecho de palabra en la discusión de las leyes, los Ministros en representación del Poder Ejecutivo; el magistrado del Tribunal Supremo de Justicia a quien éste designe, en representación del Poder Judicial; el representante del Poder Ciudadano designado por el Consejo Moral Republicano; los integrantes del Poder Electoral; los Estados a través de un representante designado por el Consejo Legislativo y los representantes de la sociedad organizada, en los términos que establezca el reglamento de la Asamblea Nacional.

Adicionalmente, en cuanto a los reglamentos dictados por el Presidente de la República, la Ley Orgánica de la Administración Pública Nacional a partir de 2001, dispone que cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación, propongan la adopción de normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía, deben remitir el anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro respectivo (art. 136). Además, la ley Orgánica dispone que el órgano o ente público correspondiente debe publicar en la prensa nacional la apertura del proceso de consulta indicando su duración, durante el cual cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto, sin necesidad de estar inscrito en el registro antes mencionado. Si bien la consulta no tiene carácter vinculante (art. 135), la ley es enfática en disponer que el órgano o ente público no puede aprobar normas para cuya resolución sea competente que no sean consultadas, de manera que dichas normas serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento establecido (art. 137).

Lamentablemente, en la práctica, estos mecanismos de consulta popular de normas no tienen aplicación generalizada.

B. Iniciativa popular

En el procedimiento de formación de las leyes a nivel nacional, la Constitución dispone que tienen iniciativa para la discusión de las leyes ante la Asamblea, entre otros, “los electores en un número no menor del 0,1% de los inscritos en el registro electoral permanente”. En cuanto al ámbito local, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal establece el derecho de los ciudadanos, en un porcentaje no menor al 0,1% de los electores del municipio, de poder presentar proyectos de ordenanzas o de modificación de las ya vigentes ante el concejo municipal. Tales proyectos, por tanto, deben ser sometidos a la consideración del concejo municipal para su admisión o rechazo, a cuyo efecto, previamente, el concejo municipal debe fijar una reunión con los presentadores de la iniciativa legislativa a fin de discutir su contenido. Una vez examinado el proyecto, el concejo municipal debe pronunciarse sobre su admisión o rechazo dentro de los 30 días siguientes a su presentación. Admitido el proyecto, el debate del mismo debe iniciarse en un lapso de 30 días siguientes. Si el debate no se inicia dentro dicho lapso, el proyecto se debe someter a consulta popular de conformidad con lo establecido en la legislación electoral. El concejo municipal en todo caso, debe motivar el rechazo a la iniciativa cuando sea el caso (art. 277).

C. Cabildos abiertos

De acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005, los cabildos abiertos se pueden convocar por iniciativa de los concejos municipales, de las juntas parroquiales por acuerdo de la mayoría de sus integrantes; del alcalde y de los ciudadanos de conformidad con lo establecido en la respectiva ordenanza (art. 263). Se requiere, por tanto, que en las ordenanzas respectivas los concejos municipales regulen la forma de ejercicio de la iniciativa ciudadana para la convocatoria de tales cabildos.

En la práctica, sin embargo, no se han realizado cabildos abiertos municipales con la frecuencia que podría ser necesaria.

D. Las Asambleas de ciudadanos

La Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005, también reguló las asambleas de ciudadanos como medios de participación en el ámbito local de carácter deliberativo, en la que todos los ciudadanos tienen derecho a participar por sí mismos, y cuyas decisiones son de carácter vinculante (art. 265). Estas asambleas de ciudadanos deben estar referidas a “las materias que establece la ley correspondiente”, y deben ser convocadas “de manera expresa, anticipada y pública”; debiendo sus decisiones “contribuir a fortalecer la gobernabilidad, impulsar la planificación, la descentralización de servicios y recursos, pero nunca contrarias a la legislación y los fines e intereses de la comunidad y del Estado”.

Las asambleas de ciudadanos han sido reguladas, además, en la Ley de Consejos Comunales de 2006, en la cual se las concibe como la máxima instancia de decisión del Consejo Comunal, integrada por los habitantes de la comunidad, mayores de quince (15) años; y como tal, como la instancia primaria para el ejercicio del poder,

la participación y el protagonismo popular, cuyas decisiones son de carácter vinculante para el consejo comunal respectivo (art. 4,5).

Estos mecanismos de participación, lamentablemente, en dicha Ley sobre los Consejos Comunales, se han desmunicipalizado totalmente, habiéndose integrado en forma paralela en una organización centralizada y jerárquicamente dependiente en forma directa del Presidente de la República, a través de una Comisión Presidencial para el Poder Popular, lo que en la práctica ha desvirtuado toda posibilidad real de participación política de la ciudadanía.

II. REFORMAS AL SISTEMA DE PARTIDOS POLÍTICOS

Uno de las características del sistema político venezolano entre 1958 y 1999 fue la del predominio de los partidos políticos en la vida del país, de manera que ello los convirtió en los principales responsables de la crisis de los años noventa y en los que podrían diseñar las salidas a la misma.

El deterioro de los mismos, en todo caso, fue capitalizado por la Asamblea nacional Constituyente de 1999, de manera que la Constitución fue sancionada con un claro criterio antipartido, al punto de que uno de los principios que rige a los órganos del Poder electoral es el de la “despartidización de los organismos electorales” (art. 294), eliminándose la antigua participación que tenían en la administración electoral, y prohibiéndose, además, tanto el financiamiento público de las organizaciones políticas (art. 67) como el funcionamiento de las fracciones parlamentarias partidistas.

Las reformas constitucionales, sin embargo, no se han desarrollado a nivel legislativo, y hasta 2006 ha seguido en vigencia la misma ley de Partidos Políticos y manifestaciones Públicas dictada en 1956.

1. Democratización interna

A. Los principios constitucionales

En efecto, la Constitución de 1999 se caracteriza por estar imbuida de una profunda carga antipartidista que incluso implicó que se eliminara del léxico constitucional la misma expresión “partido político”, utilizándose sólo la expresión “organizaciones con fines políticos” (art. 67).

El motivo lo constituyó el recelo que provocaba, en el ámbito político venezolano a finales de los noventa, el funcionamiento de los partidos gobernados por cúpulas partidistas inamovibles, y el acaparamiento que habían tenido sobre la participación y representatividad democráticas. Por ello, el principio que establece la Constitución sobre la necesaria democratización interna de los partidos políticos (art. 67).

Sin embargo, desde que se sancionó la nueva Constitución de 1999 no se ha reformado la legislación de partidos políticos para desarrollar sus postulados.

B. Mecanismos de elección de autoridades internas:

En particular, la Constitución establece que las asociaciones políticas no solo deben seguir métodos democráticos en su actuación política, sino también en su organización, funcionamiento y dirección. Para asegurar su democratización interna, el artículo 67 de la Constitución precisa que tanto los titulares de sus órganos de dirección, como los candidatos de los partidos y asociaciones políticas a los diversos cargos de elección popular, deben ser “seleccionados en elecciones internas con la participación de sus integrantes”.

Lamentablemente, en cuanto a la escogencia de los candidatos partidistas a las elecciones, en la práctica esto no se ha aplicado ni respetado, y con tal motivo no ha habido efectivos procesos electorales internos.

En cuanto a la elección de los directivos de los partidos a fin de garantizar la organización interna democrática, aún cuando la misma debe regirse por las disposiciones y normas propias de los partidos, el artículo 293,6 de la Constitución, en una forma extremadamente intervencionista, ha atribuido al Consejo Nacional Electoral, como órgano del Poder Electoral, la función de organizar las elecciones de las organizaciones con fines políticos “en los términos que señale la Ley” (art. 293,6). En esta forma, el Estado, a través del Poder Electoral puede garantizar la democratización interna de los partidos. Sin embargo, lamentablemente dicha “ley” a la cual se refiere la Constitución, para febrero de 2007 no se había sancionado, por lo que en la práctica dichas elecciones internas no se han realizado en la forma requerida en la Constitución.

2. Financiamiento de los partidos políticos

A. Tipo de sistema de financiamiento

La Constitución de 1999, contrariamente a lo que se regulaba en la legislación electoral preconstitucional, ha prohibido expresamente el financiamiento público de las asociaciones con fines políticos, es decir, con fondos provenientes del Estado (art. 67). Se cambió así, radicalmente, el régimen de financiamiento público a los partidos políticos que se había previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (Art. 203), mediante el cual se buscaba mayor equilibrio y equidad para la participación electoral, evitando los desequilibrios y perversiones a que conduce el solo financiamiento privado, tanto por el narcofinanciamiento como por el incontrolado financiamiento indirecto, derivado de las finanzas públicas por los partidos de gobierno. Se abandonó así, la tendencia inversa que predomina en el derecho comparado.

Incluso, para evitar cualquier financiamiento público indirecto, no sólo la Constitución establece expresamente que los funcionarios públicos están al servicio del Estado y no de parcialidad política alguna (Art. 145); sino que las direcciones de las asociaciones con fines políticos no pueden contratar con entidades del sector público (Art. 67). El primer principio, sin embargo, desde que se publicó la Constitución, ha sido sistemáticamente vulnerado al ejercer el Presidente de la República, algunos de sus Ministros y otros altos funcionarios de la Administración Pública, y el Presidente de la Asamblea Nacional, los principales cargos directivos del partido de gobierno.

B. Barreras legales para la obtención de financiamiento:

La Constitución remite a la ley la regulación del financiamiento privado a los partidos políticos y las contribuciones privadas que pueden recibir las organizaciones con fines políticos, e igualmente, los mecanismos de control que aseguren la pulcritud en el origen y manejo de las mismas. Asimismo se remite a la ley la regulación de las campañas políticas y electorales, su duración y límites de gastos, propendiendo a su democratización (art. 67).

C. Prohibición a contribuciones provenientes de ciertas fuentes:

La vieja Ley de Partidos Políticos, en esta materia, establece como restricción general que los partidos no pueden “aceptar donaciones o subsidios de las entidades públicas, tengan o no carácter autónomo; de las compañías extranjeras o con casa matriz en el extranjero; de empresas concesionarias de obras públicas; de cualquier servicio o de bienes de propiedad del Estado, de Estados extranjeros o de organizaciones políticas extranjeras”. (art. 25,4). La Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, por su parte, en la materia, prohíbe a las organizaciones políticas y candidatos electorales que reciban contribuciones anónimas (Art. 202).

D. El control del financiamiento

A los efectos del control, la Ley de Partidos Políticos dispone que los partidos deben llevar una documentación contable en la que consten los ingresos y la inversión de los recursos del partido. Estos libros de contabilidad y sus respectivos comprobantes deben ser conservados durante cinco (5) años, por lo menos, contados a partir del último asiento de cada uno de ellos (Art. 25,5).

El control del financiamiento de los partidos políticos corresponde al Consejo Nacional Electoral a cuyo efecto, dicho organismo, conforme a la Ley Orgánica del Poder Electoral, tiene competencia para “Velar por el cumplimiento de las disposiciones del ordenamiento jurídico en relación con el origen y manejo de los fondos de las organizaciones con fines políticos” (art. 33, 25); así como para investigar el origen y destino de los recursos económicos utilizados en las campañas electorales de las organizaciones con fines políticos, grupo de electores, asociaciones de ciudadanas o ciudadanos y de las candidatas o candidatos postuladas o postulados por iniciativa propia, de conformidad con lo establecido en la ley.

En la práctica, estando el Consejo Nacional Electoral controlado por el Ejecutivo, en unas elecciones donde predominantemente participa el partido de gobierno, la efectividad de este control es totalmente relativa.

E. Sanciones existentes y aplicación en la práctica:

Conforme a la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, la no presentación por el candidato, del “informe sobre sus ingresos y gastos de campaña electoral

ante el Consejo Nacional Electoral” (Art. 254,13) constituye una “falta electoral”, penada con multa (sanción pecuniaria) que se impone al candidato.

Por otra parte, constituye un “delito electoral” (sanción penal) penado con prisión de 2 a 3 años, el hecho de que el responsable de los partidos políticos o grupos de electores, así como el candidato reciban contribuciones o financiamiento de forma anónima (Art. 258, 3). En este caso, la sanción se impone al responsable del partido y en su caso, al candidato.

En la práctica no es frecuente la imposición de estas sanciones, particularmente en un sistema enteramente dominado por el partido de gobierno y sus candidatos.

3. Discriminación positiva

A. Género

En la reforma de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1998, se estableció la cuota de participación femenina para los casos de elección de los cuerpos deliberantes mediante listas, exigiéndose la inclusión en ellas de un 30% de mujeres.

La Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, sin embargo, ha considerado inconstitucional por discriminatoria dicha representación obligatoria del género femenino, y por tanto violatoria del artículo 21 constitucional, razón por la cual en sentencia N° 52 de 19 de mayo de 2000 (Caso: *Sonia Sgambatti vs. Consejo Nacional Electoral*) consideró como tácitamente derogado el artículo 144 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que establecía la llamada “cuota electoral femenina”.

B. Otras poblaciones y minorías:

En esta materia, el artículo 125 de la Constitución garantiza el derecho de los pueblos indígenas a la participación política y la obligación del Estado de garantizar la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales (Consejos Estadales) y locales (Consejos Municipales) con población indígena, conforme a la ley. Asimismo, el artículo 186 Constitución dispone que los pueblos indígenas elijan 3 diputados, de acuerdo con lo que se establezca en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres.

4. Otras formas de participación política

La Constitución de 1999, al regular el derecho de los ciudadanos de asociarse con fines políticos, se refirió no sólo a los partidos políticos sino, en general, a las organizaciones con fines políticos (art. 67).

Sin embargo, dichas organizaciones no tienen el monopolio de la presentación de candidaturas para las elecciones, disponiendo el mismo artículo 67 de la Constitución, que tanto los ciudadanos, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines

políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos.

Ahora bien, conforme al artículo 130 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política cuya normativa es preconstitucional (1998), las postulaciones de candidatos para las elecciones reguladas en dicha Ley, sólo pueden efectuarse por los partidos políticos constituidos conforme a las previsiones de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, y por los grupos de electores. Aún no se ha dictado la ley que desarrolle los principios constitucionales que están signados por la “despartidización”, de manera que las candidaturas por iniciativa propia (independientes) no se han regulado, salvo circunstancialmente en 1999, para integrar la Asamblea Nacional Constituyente.

En cuanto a los grupos de electores, son las “agrupaciones de ciudadanos con derecho al voto, constituidos para realizar postulaciones en determinadas elecciones”. Dichos grupos de electores pueden ser nacionales, regionales y municipales y deben ser autorizados conforme al procedimiento de inscripción que ha determinado el Consejo Nacional Electoral en el Reglamento General de Elecciones (Art. 132).

Para constituir un grupo de electores, la solicitud respectiva debe estar suscrita por un número no menor de cinco ciudadanos inscritos en el Registro Electoral, los cuales deben acompañar las manifestaciones de voluntad de postular, firmadas por un número de electores inscritos en dicho Registro, equivalente a cinco milésimas de los electores de la circunscripción de que se trate (Art. 132).

III. APRECIACIÓN GENERAL

Las reformas políticas que se realizaron en Venezuela al inicio del proceso de democratización, conforme a las disposiciones de la Constitución de 1961, sin duda, condujeron a la democratización del país, proceso que se llevó a cabo bajo la conducción de los partidos políticos cuyo origen se remonta a los años treinta y cuarenta.

Conforme a ello, las elecciones efectuadas en el período 1958-1999 estuvieron signadas por el principio del pluralismo democrático, la alternabilidad republicana en el ejercicio de la Presidencia de la República, y la integración de los cuerpos representativos por el sistema de representación proporcional de las minorías conforme al sistema D'Hondt. Solo fue a partir de 1993 que se comenzó a aplicar en paralelo, para la integración de los cuerpos representativos la combinación de la representación proporcional (voto lista) y la personificación del sufragio (voto nominal), principio que se ha acogido en la Constitución de 1999.

Las reformas constitucionales de 1999, sin embargo, no contribuyeron a reformar y ampliar la representatividad democrática, la cual siguió siendo monopolizada por los partidos políticos, aún cuando con tendencia a un partido único imbricado en el aparato del Estado; y estos, a pesar de la “despartidización” que como principio fue establecido en la Constitución de 1999, han continuado monopolizando la participación democrática. Ello ha conducido a partir de 1999, sin el pluralismo político requerido, al predominio del partido de gobierno, el cual ha monopolizado todos los espacios, dada la importancia del Estado en un país que si bien está conformado por un Estado rico e intervencionista, es globalmente pobre.

El resultado de las reformas políticas efectuadas a partir de la reforma constitucional de 1999, en consecuencia, no han ampliado la representatividad, la cual sigue monopolizada por los partidos políticos, aún cuando en la actualidad, por uno mayoritario, el partido de gobierno, el cual además, ha desarrollado una disciplina partidista rígida, conducido bajo un esquema autoritario, como nunca antes se había visto. En ese contexto, por ejemplo, la disidencia es imposible y la figura del “transfuguismo político” legislativo es inimaginable.

Por otra parte, los niveles de participación política han disminuido, porque la autonomía de las entidades territoriales (Estados y Municipios) ha sido progresivamente intervenida, primero con el desdibujamiento del sistema federal, que ha sido tornado en un sistema cada vez más centralista y controlado; y el desarrollo paralelo de mecanismos políticos que bajo el slogan de “participativos”, como los consejos comunales y las asambleas de vecinos, no son otra cosa que instrumentos organizados de movilización popular para hacer creer que se participa, férrea y directamente controlados por la Presidencia de la República, la cual dispone su financiamiento fuera de los canales ordinarios del Estado. Dichos consejos comunales, por supuesto, no están integrados por representantes electos por sufragio universal, directo y secreto, sino por personas todas afectas al partido de gobierno, designados en asambleas de ciudadanos, también orientadas por la misma conducción política. Con estas instituciones se ha comenzado en el país conjuntamente con la desmunicipalización de las políticas públicas, un proceso de formal eliminación de la democracia representativa.

Por otra parte, en cuanto a los esquemas de participación directamente establecidas en la Constitución, como por ejemplo, la de la participación de los diversos sectores de la sociedad en la postulación de los altos funcionarios no electos del Estado (Poder Ciudadano, Poder Electoral y magistrados del Tribunal Supremo de Justicia) que deberían integrarse en los diversos Comités de Postulaciones constitucionalmente establecidos, ha sido distorsionado por la Asamblea Nacional en las diversas leyes dictadas a l efecto, sustituyéndose esos Comités de participación por simples comisiones parlamentarias ampliadas.

Igualmente ha ocurrido en materia de consulta popular de los proyectos de leyes, pues con la delegación legislativa al Presidente de la República, la transparencia del proceso de formación de las mismas que busca la Constitución ha sido completamente eliminada.

Es evidente que la gobernabilidad democrática de un país tiene que conformarse a los elementos esenciales de la democracia, que son mucho más que la sola elección de los gobernantes. Precisamente por ello, la Carta Democrática Interamericana dispone en su artículo 3, entre tales elementos, además del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; del acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; de la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo; y del régimen plural de partidos y organizaciones políticas; está la necesaria existencia -dice- de “la separación e independencia de los poderes públicos”. Y han sido precisamente todos esos elementos esenciales de la democracia los que, en los últimos años a partir de 1999, lamentablemente han sido ignorados o resquebrajados en Venezuela, en nombre de una supuesta democracia participativa y de un supuesto Poder Popular donde el pueblo ha de participar directamente.

En Venezuela, en estos últimos años, la realidad ha sido otra distinta a dichos elementos esenciales de la democracia, ya que nunca antes había habido mayor violación a los derechos humanos, y basta para constatar esta tragedia sólo contabilizar el número de denuncias que se han formulado en los últimos años contra el Estado Venezolano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ello ha sido siempre el mejor termómetro para determinar en el Continente el grado de violaciones, por un Estado, de los derechos humanos.

Además, el acceso al poder se ha hecho contrariando el Estado de derecho, al violarse la separación e independencia de los poderes judicial, ciudadano y electoral. Todos están controlados por el sindicato establecido entre el Ejecutivo nacional y la Asamblea nacional, por lo que no es posible controlar el acceso al poder conforme a los postulados del Estado de Derecho.

En particular, el Poder Electoral, desde 2003 fue secuestrado con la complicidad de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, por lo que las elecciones que se han efectuado han carecido de justicia, y las últimas reformas políticas efectuadas y propuestas, simplemente apuntan a la sustitución de la representatividad electoral por supuestas agrupaciones de ciudadanos en comunidades y consejos comunales cuyos integrantes no son electos, sino designados desde la cúpula del Poder Popular que controla el Presidente de la República. El régimen plural de partidos se ha destrozado y el ya oficialmente anunciado Partido Único socialista, imbricado en el aparato del Estado y también dirigido por el Presidente de la República, se apoderará no sólo del supuesto Poder Popular, sino de toda la vida política y social del país, dado el capitalismo de Estado que se ha intensificado como consecuencia del Estado rico petrolero. Como todo depende del Estado, sólo quien pertenezca al Partido Único podrá tener vida política, administrativa, económica y social.

Y todo esta distorsión institucional, sin que exista separación ni independencia entre los poderes públicos, no sólo en su división horizontal (Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral) por el control que sobre ellos ejerce el Poder Ejecutivo; sino en su distribución vertical, donde las propuestas en curso apuntan a la eliminación de la federación, la sustitución de los Estados federados por supuestas “ciudades federales”, y la eliminación del municipalismo y su sustitución por consejos comunales y asambleas de ciudadanos. Todo ello con el fin de eliminar todo vestigio de descentralización política, es decir, de entidades autónomas en el territorio, lo que imposibilita toda posibilidad de participación democrática. Esta es la trágica situación de la democracia venezolana, la cual en la realidad actual ya no pasa de ser una palabra vacía.

Pero además de los elementos esenciales de la democracia antes indicados, la misma *Carta Interamericana*, en su artículo 4º también definió los siguientes componentes fundamentales del ejercicio de la democracia: la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, y el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. Además, se declaró como igualmente fundamental para la democracia, la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad. La democracia, por tanto, es mucho más que las solas elecciones y votaciones.

Lamentablemente, todos estos elementos esenciales, también han sido ignorados o resquebrajados en Venezuela, también en nombre de un supuesto Poder Popular: la actividad gubernamental desplegada por el Estado rico, y en los últimos años súbitamente riquísimo, manejado sin control en un país pobre, dejó de ser transparente por la específica ausencia de control fiscal, dada la sumisión del Poder Ciudadano (Contraloría General, Fiscal General, Defensor del Pueblo) al poder del Ejecutivo; situación que ha hecho desaparecer el mismo concepto de probidad pues no es posible exigir responsabilidad alguna al gobierno por la gestión pública, entre otros aspectos por la sumisión del poder judicial; todo ello, campeando la corrupción en forma antes nunca vista. Por otra parte, la procura de los derechos sociales -que ha sido el principal eslogan gubernamental, en particular hacia la comunidad internacional- ha sido montada en una política de distribución incontrolada y clientelar de la riqueza petrolera, como si esta nunca fuera a disminuir, estatizándose todo en el país, desmantelándose el aparato productivo y sin generar inversión; y todo ello sin que los niveles de pobreza ni los niveles de desempleo hayan disminuido.

Por último, la libertad de expresión y de prensa, desde las censuras directas de la última dictadura militar de la década de los cincuenta, nunca ha estado tan amenazadas, imponiéndose la autocensura sobre la base de persecución a periodistas y medios disidentes, como tan repetidamente lo ha constatado la Relatoría de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y se deriva de las múltiples denuncias formuladas ante la Comisión y de las recomendaciones y medidas cautelares adoptadas por ésta.

Por otra parte, el militarismo se ha apoderado del Estado, de manera que aún cuando el régimen autoritario un haya sido fruto de un golpe militar, en definitiva, otro valor fundamentales para la democracia como es la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida, por el apoderamiento militar del Estado y su imbricación con el Partido Único, se ha resquebrajado, habiendo quedado el respeto al Estado de derecho como otro valor pospuesto por todas las entidades y sectores de la sociedad.

En definitiva, durante los últimos años, en Venezuela se ha utilizado uno sólo de los elementos de la democracia, como es la realización de elecciones, para destruir todos los otros valores y componentes esenciales de la democracia. De allí el fraude a la democracia que ha ocurrido.

§14. REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN VENEZUELA*

(San José/Ciudad de México, enero 2007)

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN SOBRE PARTIDOS POLÍTICOS

El sistema de partidos políticos en Venezuela comenzó realmente a estructurarse como tal con posterioridad a 1945, aún cuando sus antecedentes remotos hay que situarlos en los movimientos estudiantiles de 1928, y sus antecedentes próximos, en las organizaciones políticas que comenzaron a surgir entre 1936 y 1945, durante el período de transición que se abrió con posterioridad a la muerte del Presidente Juan Vicente Gómez, en 1935. Su constitución se realizó con base en el derecho de asociación que se estableció en todas las Constituciones.

Es cierto que el esquema tradicional en América Latina, de partidos liberales y conservadores, también se había desarrollado en Venezuela durante la segunda mitad del siglo XIX, pero precisamente fue totalmente eliminado de la faz política de Venezuela al concluir el predominio de la política regional, federalista y caudillista, mediante la acción integradora del gobierno autocrático de Juan Vicente Gómez. El único reducto político fuera de las tendencias gubernamentales y de protestas que pudo existir durante el primer tercio de ese siglo, se concentró materialmente en los movimientos estudiantiles, los cuales, sobre todo en la década de los veinte hasta la muerte de Gómez, tuvieron el monopolio de la acción política opositora. La reacción política de la autocracia no sólo fue directa en cuanto a la represión desatada, particularmente contra los participantes en los movimientos estudiantiles de 1928, sino que provocó una reforma constitucional que iba a legalizar la represión político-ideológica hasta 1945; la reforma constitucional de 1929, entre otros objetivos, estableció el de “prohibir la propaganda del comunismo”⁸⁸⁶, la cual permaneció, am-

* Estudio publicado en la obra colectiva coordinada por Daniel Zovatto (Coordinador), *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, International IDEA, México 2006, pp, 893-937. El esquema del trabajo, uniforme, fue suministrado por IDEA. **Reproduced by permission of International IDEA from *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, © Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM and International Institute for Democracy and Electoral Assistance 2006.**

⁸⁸⁶ Así se dispuso en el artículo 32, ordinal 6, de la Constitución de 1929 como limitación a la libertad de pensamiento: “Queda también *prohibida* la propaganda del comunismo”. Bajo la vigencia de la Constitución de 1931, la cual contenía una norma similar, se dictó meses antes de la promulgación de la Constitución de 1936, la Ley para garantizar el orden público y el ejercicio de los derechos individuales, cuyo artículo 33 establecía lo siguiente: “El que públicamente de palabra, por escrito o por impreso, por medio de la radiodifusión, dibujos, carteles, mítines u otros medios de publicidad, o haciendo uso de algún servicio público, haga propaganda a favor de la abolición de la propiedad privada, lucha de clases, incitación de los obreros contra los patronos, extinción de la familia, desconocimiento de la ley, dictadura del proletariado; así como las demás doctrinas o métodos que abarquen el ideal comunista, anarquista o terrorista, serán penados con prisión de uno a tres años. Si como consecuencia de la propaganda llegaran a verificarse hechos delictuosos o desórdenes

pliada, no sólo en la Constitución de 1936⁸⁸⁷ sino que condicionó la vida de las nacientes organizaciones políticas hasta 1945⁸⁸⁸.

Con la muerte de Gómez, en todo caso, puede decirse que cesó el monopolio de la acción política que asumieron los grupos estudiantiles, y la liberación política parcialmente iniciada por el gobierno de E. López Contreras y consolidada por el gobierno de I. Medina Angarita, dio lugar a la constitución, entre 1936 y 1945, de diecisiete partidos políticos, la mayoría de los cuales tuvieron como fundadores y participantes a los miembros de la Federación Venezolana de Estudiantes (FVE), entidad a la cual había correspondido motorizar los movimientos estudiantiles de 1928. La “generación del 28”, por tanto, asumió la lucha política y el monopolio de los partidos en 1936, y de la larga lucha entre los gobiernos de transición y los partidos generalmente de izquierda, sólo llegaron a traspasar los acontecimientos de la Revolución de Octubre de 1945, los partidos Acción Democrática (AD), que asumió el poder, y el Partido Comunista de Venezuela (PCV), pues el Partido Unión Republicana Democrática se constituyó en 1946 como oposición de la izquierda democrática al partido AD⁸⁸⁹. Los líderes de estos partidos, con Rómulo Betancourt a la cabeza, indudablemente que fueron factores fundamentales en la consolidación del régimen democrático. En 1936, al separarse de la Federación Venezolana de Estudiantes otro núcleo estudiantil, se constituyó la Unión Nacional de Estudiantes (UNE), opositora de la línea política de la izquierda originada por aquélla, dando lugar posteriormente a la constitución del Partido Acción Electoral (AE), el cual después de 1945 se convertiría en el Comité de Organización Política Electoral Independiente (COPEI), de orientación demócrata o socialcristiana, cuyos líderes con Rafael Caldera a la cabeza también fueron factores fundamentales en la consolidación del régimen democrático en Venezuela.

El año 1945 marca, sin embargo, el punto de partida institucional del ciclo histórico-político del país, basado en el régimen democrático-representativo de democracia centralista que entró en crisis a partir de la década de los noventa. Esa etapa se inició con la reforma constitucional de 1945 que eliminó las limitaciones político-ideológicas que habían obstruido los intentos de actuación político-partidista desde

públicos, la pena será de dos a seis años”. Esta ley, denominada “Ley Lara”, en virtud de haber sido su redactor el Ministro del Interior de la época, doctor Alejandro Lara, estuvo vigente hasta 1945. *V.* la decisión de la Corte Federal y de Casación de 4-3-41 (M. 1942, pp. 130-136) sobre esta limitación en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema, 1930-1974* y *Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo I (El ordenamiento constitucional del Estado), Caracas, 1975, pp. 110 y ss. En cuanto al texto de las Constituciones de Venezuela, *V.* en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Caracas 1997.

887 El famoso inciso VI del artículo 32 de la Constitución de 1936 estableció lo siguiente: “Se consideran contrarias a la independencia, a la forma política y a la paz social de la Nación, las doctrinas comunistas y anarquistas, y los que las proclamen, propaguen o practiquen serían considerados como traidores a la Patria y castigados conforme a las leyes”.

888 La reforma constitucional de 1945, realizada al final del gobierno de Medina, eliminó la prohibición constitucional que tenía la izquierda para actuar políticamente en Venezuela.

889 Para un estudio de los antecedentes de los principales partidos políticos venezolanos. *V.* Manuel Vicente Magallanes, *Partidos Políticos Venezolanos*, Caracas, 1960; Rafael Gallegos Ortiz, *La Historia Política de Venezuela de Cipriano Castro a Pérez Jiménez*, Caracas, 1960, y el trabajo de Manuel Vicente Magallanes, ampliación y reedición del citado. *Los Partidos Políticos en la Evolución Histórica Venezolana*, Caracas, 1973.

1936⁸⁹⁰, y con la promulgación del Decreto N° 217 del 15 de marzo de 1946 de la Junta Revolucionaria de Gobierno la cual sucedió al Presidente Medina en el poder, mediante el cual se establecieron las libertades públicas y garantías políticas que condicionaron buena parte de la evolución democrática posterior⁸⁹¹.

La misma Junta Revolucionaria de Gobierno, en la misma fecha y mediante Decreto N° 216 dictó un Estatuto Electoral para la elección de una Asamblea Constituyente en 1945, estableciendo por primera vez el sufragio universal, directo y secreto, y un mecanismo de escrutinio de representación proporcional. Con las elecciones realizadas en 1946, puede decirse que se inició en Venezuela la configuración del sistema electoral y del sistema de partidos⁸⁹² contemporáneos, que dieron origen al sistema de Estado centralizado de democracia de partidos. El 19 de septiembre de 1947 se dictó el Estatuto Electoral, que fue el antecedente remoto de todas las leyes electorales posteriores.

Con posterioridad, en 1948 se produjo el golpe de Estado contra el Presidente Rómulo Gallegos, quedando el poder bajo régimen militar que duró hasta 1958. Durante ese período se dictó el Decreto n° 120 de 18 de abril de 1951, en el cual sin embargo, se reguló la constitución de los partidos políticos. El artículo 1° del citado Decreto establecía que podían funcionar en el territorio de la República partidos y organizaciones políticas integradas por ciudadanos venezolanos en pleno ejercicio de sus derechos políticos y siempre que cumplieran con las formalidades dispuestas en el mismo. Se disponía así que quienes aspirasen a constituir partidos u organizaciones políticas, debían presentar ante la primera autoridad civil de la jurisdicción correspondiente una solicitud por duplicado, anexa a la cual debían enviar los documentos siguientes: copia del Acta constitutiva de la organización, con la firma de todos los asistentes a la reunión; y un ejemplar del Programa y otro de los Estatutos que definieran las bases, finalidades y orientación del Partido o agrupación política⁸⁹³.

890 La Constitución de 5 de enero de 1945, sin embargo, sólo tuvo una vigencia de 6 meses, pues el 18 de octubre de ese año, la Junta Revolucionaria de Gobierno la derogó.

891 Este Decreto estableció, entre otros derechos: "1) El derecho de sufragio para todos los venezolanos mayores de dieciocho años, con las solas excepciones establecidas en el Estatuto Electoral y, en consecuencia, pueden formar parte de los partidos o asociaciones políticas y tienen derecho sin distinción de sexo, al ejercicio de cargos públicos, salvo que por disposiciones especiales se reclamen condiciones o cualidades particulares".

892 Para el estudio de la evolución y configuración del sistema de partidos políticos en Venezuela a partir de 1945, H. Njaim et al, *El sistema político venezolano*, Caracas, 1975, pp. 175 y ss; J.C. Rey, "El sistema de partidos venezolanos", *Revista Politeia*, n° 1, Instituto de Estudios Políticos, Caracas, 1972, pp.185 y ss.; y S.A. Bonomo, *Sociología Electoral en Venezuela. Un estudio sobre Caracas*, Buenos Aires, 1973, pp. 21 y ss. J. E. Oviedo, *Historia e Ideología de los Demócratas Cristianos en Venezuela*, Caracas, 1969; Allan R. Brewer-Carías, *Cambio Político y Reforma del Estado en Venezuela*, Madrid 1975, capítulos 10 y ss. V., además, John Martz, *Acción Democrática: Evolution of a modern political party of Venezuela*, Princeton, 1966; Robert J. Alexander, *The Venezuelan Democratic Revolution*, New Jersey, 1964; J. Bernard y otros, *Tableau des Parties Politiques en Amérique du Sud*, Cahiers de la Fondation Nationales des Sciences Politiques, n° 171, París, 1969, pp. 365 a 402 (trabajo de Leslie F. Manigat, libro editado en inglés); Jean Pierre Bernard y otros *Guide to the Political Parties of South America*, 1973, pp. 517 y ss.; Boris Bunimov Parra, *Introducción a la Sociología Electoral Venezolana*, Caracas 1973.

893 V. los comentarios de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sobre ese Decreto, en sentencia de 29 de abril de 1963, en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Caracas, 1975, Tomo I, pp. 561 y ss.

Ahora bien, fue la Constitución de 1961 la primera en regular en forma expresa a los partidos políticos, al establecer el derecho de todos los venezolanos aptos para el voto “de asociarse en partidos políticos para participar, por métodos democráticos, en la orientación de la política nacional (art. 114). La Constitución, además, dispuso que “el legislador reglamentará la constitución y actividad de los partidos políticos con el fin de asegurar su carácter democrático y garantizar su igualdad ante la ley”.

En ejecución de esa norma fue que en 1964 se sancionó la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones de 15 de diciembre de 1964⁸⁹⁴, la cual continúa vigente.

En la Constitución de 1999, si bien se eliminó la expresión “partidos políticos”, se reguló el derecho político de los ciudadanos “de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección” (Art. 67).

II. UBICACIÓN DEL TEMA DE PARTIDOS POLÍTICOS DENTRO DE LA LEGISLACIÓN

1. Constitución de 1999

Como se dijo, en el artículo 67 de la Constitución de 1999⁸⁹⁵, el tema de los partidos políticos se regula dentro del derecho político de asociación con fines políticos lícitos. Además, en el artículo 293,6, destinado a regular las competencias del Poder Electoral, se le atribuye competencia para organizar las elecciones de las organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley; y en el artículo 293,8 también se atribuye al Poder Electoral la función de organizar la inscripción y registro de las organizaciones con fines políticos y velar porque cumplan las disposiciones sobre su régimen previstas en la Constitución.

2. Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones (1964), Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (1998)

En la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones de 15 de diciembre de 1964, se estableció el régimen de constitución, funcionamiento y extinción de los partidos políticos.

En la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1998⁸⁹⁶ también se establecen regulaciones relativas a los partidos políticos al establecerse el derecho a postular candidatos a las elecciones (arts. 130 y ss); a participar en las campañas electorales (arts. 196 y ss); y sobre el financiamiento en las campañas electorales (arts. 201 y ss).

894 V. en *Gaceta Oficial* n° 27.725 de 30-04-1965.

895 V. en *Gaceta Oficial* n° 5453 de 24-03-2000. V. en general, Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*, Caracas 2000.

896 V. en *Gaceta Extraordinaria* n° 5.233 del 28 de mayo de 1998.

3. Leyes especiales: Ley Orgánica del Poder Electoral

La Ley Orgánica del Poder Electoral⁸⁹⁷ al regular detalladamente la organización y funcionamiento del Poder Electoral, desarrolla las previsiones de la Constitución en relación con el registro de los partidos políticos (art. 68) y a la intervención del Consejo Nacional Electoral en la organización de las elecciones internas de los partidos (art. 69).

III. OTROS PODERES U ÓRGANOS DEL ESTADO QUE PUEDEN RESOLVER SOBRE EL TEMA

1. El Poder Electoral

La Constitución de 1999 estableció una separación penta partita del Poder Público, al disponer que “El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral” (art. 136), creando entonces al Poder Electoral cuyo ejercicio se atribuyó al Consejo Nacional Electoral como ente rector; el cual además, tiene como organismos subordinados al mismo, a la Junta Electoral Nacional, a la Comisión de Registro Civil y Electoral y a la Comisión de Participación Política y Financiamiento (art. 292)⁸⁹⁸.

Este órgano y sus atribuciones se estudiarán más adelante. Interesa destacar aquí, sin embargo, que la Constitución ha atribuido al Poder Electoral amplias potestades normativas, en particular, la función de “Reglamentar las leyes electorales y resolver las dudas y vacíos que éstas susciten o contengan” (art. 293, 1).

2. La Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia

La Constitución de 1999 creó además, en el Tribunal Supremo de Justicia, una Sala Electoral (Art. 262) a la cual le atribuyó la jurisdicción contencioso-electoral (Art. 297), la cual se configura como una jurisdicción contencioso-administrativa especializada en materia electoral.

Sobre ello la Sala Electoral ha señalado:

En materia electoral, la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política ha establecido un sistema de revisión de los actos en sede judicial, determinado por el recurso contencioso electoral dispuesto como “*un medio breve, sumario y eficaz para impugnar los actos, las actuaciones y las omisiones del Consejo Nacional Electoral y para restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por éste, en relación a la constitución, funcionamiento y cancelación de organizaciones políticas, al registro electoral, a los procesos electorales y a los referendos*” (artículo 235), que sin duda presenta características que determinan su especialidad ante el sistema contencioso administrativo general. En efecto, uno de los rasgos característicos del contencioso electoral, como ha destacado esta Sala en diversos fallos, es el relati-

897 *Gaceta Oficial* n° 37.573 del 19 de noviembre de 2002.

898 Ley Orgánica del Poder Electoral, *G.O.* n° 37.573 de 19-11-2002.

vo a la sumariedad, pues su tramitación se lleva a cabo en lapsos mucho más breves que los dispuestos para la tramitación del recurso de nulidad contra actos de efectos particulares en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Es un medio de impugnación que se ha dispuesto para cumplir una doble finalidad, por una parte, el control de la legalidad de la actividad administrativa de naturaleza electoral y por otra, el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por ella.

La especialidad del recurso contencioso electoral viene igualmente determinada por la legitimación que se exige para su interposición, pues el artículo 236 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política la consagra de una manera bastante amplia, al incluir como eventuales accionantes al máximo órgano electoral, a los partidos políticos, a los grupos de electores y a toda persona que tenga interés en ello, expresión ésta última que evidencia que el legislador no calificó el interés requerido para intentar el recurso, como sí lo hace la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de lo que puede deducirse que basta que el accionante tenga un simple interés para que se le admita como legitimado⁸⁹⁹.

IV. PARTIDOS POLÍTICOS

1. Concepto: en la Constitución; en la ley; en la jurisprudencia

Como se ha dicho, la Constitución de 1999 no estableció un derecho, como el previsto en el artículo 114 de la Constitución de 1961, de los ciudadanos a asociarse en partidos políticos. La previsión constitucional en la materia, ahora es más amplia, pues el artículo 67 regula el derecho de los ciudadanos de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección, sin siquiera utilizar la expresión “partido político”⁹⁰⁰.

Se establece así, el derecho de asociación política que puede manifestarse a través de otros instrumentos que no sean partidos políticos. El esquema de la Constitución de 1961, por tanto, puede decirse que en esta materia el texto constitucional sufrió un cambio radical, tal como lo destacó la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia n° 71 de 23 de junio de 2000:

En efecto, entre las tendencias más notables que inspiran esta Carta Magna se encuentra la de ampliar el ámbito de participación de la sociedad civil en la gestión pública mucho más allá de los mecanismos tradicionales limitados al sufragio activo y pasivo, y también rebasando la tendencia hasta ese entonces, de encauzar toda forma de actividad política mediante los partidos políticos, debido a que resultaba notoria la pérdida progresiva de la representación de los ciudadanos que ostentaban las organizaciones políticas tradicionales durante la vigencia del sistema constitucional recientemente derogado, situación ésta que motivó la necesidad de buscar un diseño constitucional alternativo, el que quedó reflejado en una nueva concepción de la participación política en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

899 Sentencia n° 49 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia de 08-05-2001 Caso: *Comité Ejecutivo de la Federación Campesina de Venezuela vs. Flavio Yustiz y otros*.

900 V. Roberto V. Pastor y Rubén Martínez Dalmau, “La configuración de los partidos políticos en la Constitución venezolana”, en *Revista de Derecho Constitucional*, n° 4 (enero-julio), Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 375-389.

En este orden de razonamiento, cabe advertir que del Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente que recoge la sesión correspondiente al 24 de octubre de 1999, fecha en que tuvo lugar la primera discusión en plenaria de los proyectos de disposiciones presentados en relación con los Derechos Políticos, y que dieron lugar a los actuales artículos 62 y 67, se desprende claramente la intención de superar el esquema de la llamada “partidocracia”, pasando de una democracia representativa a una participativa y protagónica, cuando los Constituyentes señalan por ejemplo que: “...La esencia de esta Constituyente se transforma cuando asumimos que el ciudadano y la ciudadana tengan la libre participación y decisión en el hecho político. La estructura de la participación política en Venezuela fue reducida a un pequeño circuito de partidos que deslegitimaron la voluntad popular...”. Esta idea también está presente en la Exposición de Motivos del nuevo texto constitucional, en la cual se señala, refiriéndose a la nueva concepción que inspira la normativa correspondiente a los derechos políticos: “...Esta regulación responde a una sentida aspiración de la sociedad civil organizada que pugna por cambiar la cultura política generada por tantas décadas de paternalismo estatal y del dominio de las cúpulas partidistas que mediatizaron el desarrollo de los valores democráticos. De esta manera, la participación no queda limitada a los procesos electorales, ya que se reconoce la necesidad de la intención del pueblo en los procesos de formación, formulación y ejecución de las políticas públicas, lo cual redundaría en la superación de los déficit de gobernabilidad que han afectado nuestro sistema político debido a la carencia de sintonía entre el Estado y la sociedad...”⁹⁰¹.

El cambio, incluso, condujo a la denominada despartidización de los organismos electorales, tal como lo destacó la Sala Constitucional en la misma sentencia antes citada:

Atendiendo a los postulados ideológicos que inspiraron la nueva concepción de la participación ciudadana, la novísima Ley Fundamental contempló una serie de reglas organizativas y funcionales para los órganos del Poder Electoral, entre ellas, la despartidización de los mismos. Y no podía ser de otra manera, ya que el esquema del “equilibrio” o del juego de contrapesos entre las diversas organizaciones políticas, mediante el cual pretendía el sistema constitucional de 1961 garantizar la autonomía e imparcialidad de los órganos electorales, respondía a la anterior tesis acerca de la participación ciudadana materializada fundamentalmente a través de la mediación de las organizaciones políticas. Luego, habiendo cambiado ese esquema, necesariamente debía cambiar también el basamento orgánico y organizativo de los órganos encargados de ejercer la función electoral. Y a tal fin se le dio rango constitucional a dos nuevos Poderes, el Ciudadano (Capítulo IV del Título V) y el Electoral (Capítulo V del mismo Título), evolucionando entonces de la mera existencia de “órganos con autonomía funcional”, a verdaderas ramas del Poder Público, que lógicamente no pueden considerarse como expresión de las organizaciones políticas existentes en un momento dado, sino como la concreción, bajo la investidura de la potestad pública, de la voluntad popular en las funciones de control y electoral, respectivamente.

Sin embargo, es necesario subrayar que esta nueva tesis constitucional sobre los mecanismos de participación ciudadana, así como la consagración de la despartidización del Poder Electoral, no comporta la necesaria exclusión de todo tipo de mecanismo de participación de los partidos políticos en el proceso electoral, como

901 V. en *Revista de Derecho Público*, nº 82 (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 236 y ss.

expresó esta Sala en la aludida sentencia dictada en el procedimiento de Amparo Constitucional intentado conjuntamente con el presente recurso de nulidad, sino que conduce a la instauración de un nuevo balance en la relación Elektorado-Partidos Políticos-Poder Electoral. No se trata pues, de establecer un antagonismo entre los elementos de esta relación, sino de extender el ámbito de participación ciudadana, que en los últimos años estuvo monopolizado por los partidos políticos, mediante el establecimiento de diversas modalidades -no exclusivas ni excluyentes- que permitan al ciudadano participar efectivamente en la gestión pública de diversas maneras. Por ello se establecen como medios de participación política, además del sufragio activo y pasivo, una serie de mecanismos, algunos ya ensayados en el ordenamiento jurídico venezolano, y otros novedosos (consulta popular, revocación del mandato, las iniciativas legislativas ampliadas con relación a la Constitución de 1961, así como las iniciativas constitucional y constituyente, el cabildo abierto, etc.)⁹⁰².

2. En la Ley de Partidos Políticos

Por su parte, en cuanto a Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones de 15 de diciembre de 1964, la misma define a los partidos políticos como aquellas “agrupaciones de carácter permanente, cuyos miembros convienen en asociarse para participar, por medios lícitos, en la vida política del país, de acuerdo con programas y estatutos libremente acordados por ellos”⁹⁰³. Varios elementos se destacan de esta definición: en primer lugar la permanencia; para que una asociación con fines lícitos pueda considerarse como partido político ha de tener carácter permanente y estar constituido con ese mismo carácter. En segundo lugar, los fines lícitos de la asociación han de ser el participar, por medios lícitos, en la vida política del país, es decir, han de ser fines políticos. Es necesario destacar, por otra parte, que es imprescindible la utilización de medios lícitos para la realización de los fines (art. 70)⁹⁰⁴.

En *primer lugar*, la ley exige el carácter permanente de la asociación política para que se la pueda considerar como partido político. Por tanto, las agrupaciones transitorias no se consideran partidos políticos, ni podrán obtener la inscripción de funcionamiento. Esto produce, por otra parte, que cuando un partido político ha dejado de participar en las elecciones en dos períodos constitucionales sucesivos, la inscripción respectiva se cancelará por el Consejo Nacional Electoral⁹⁰⁵.

En *segundo lugar*, la Ley precisa la finalidad de los partidos políticos al señalar que deben “participar en la vida política del país”⁹⁰⁶.

902 *Idem*, pp.238 y ss. *V.* asimismo, la sentencia de la Sala Electoral n° 10 de 25-02-2000, *Revista de Derecho Público*, n° 81 (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 170 y ss.

903 Artículo 2° de la Ley de Partidos Políticos. Respecto a la naturaleza de los partidos políticos, *V.* el Dictamen de la Procuraduría General de la República, de fecha 15 de noviembre de 1962, publicado en los *Dictámenes de la Procuraduría General de la República*, 1962, Caracas, 1963, pp. 43 y 53.

904 Sobre el tema, *V.* Allan R. Brewer-Carías, “Los partidos políticos en el derecho venezolano”, en *Revista del Ministerio de Justicia*, n° 61, Caracas, 1964.

905 Artículo 27, letra “c” de la Ley de Partidos Políticos.

906 Artículo 2° de la Ley de Partidos Políticos.

Por tanto, la inscripción de los partidos políticos se debe cancelar por el Consejo Nacional Electoral, cuando hayan dejado de participar en las elecciones, en dos periodos constitucionales sucesivos⁹⁰⁷ pues el legislador ha entendido que la forma de participar en la vida política del país y en la orientación de la política nacional⁹⁰⁸, es la de participar en las elecciones por la orientación del sufragio⁹⁰⁹.

Por otra parte, y por cuanto se trata de participar en la vida política del *país*, la ley ha establecido que los partidos políticos deben expresar en su acta constitutiva “que no suscribirán pactos que los obliguen a subordinar su actuación a directivas provenientes de entidades o asociaciones extranjeras”⁹¹⁰, pues ello vendría a desnaturalizar la esencia de la República de Venezuela como Estado independiente. Sin embargo, en el mismo artículo 6° de la Ley se establece que “en ningún caso esta disposición implicará prohibición para que los partidos participen en reuniones políticas internacionales y suscriban declaraciones o acuerdos, siempre que no atenten contra la soberanía o la independencia de la nación o propicien el cambio por la violencia de las instituciones nacionales o el derrocamiento de las autoridades legítimamente constituidas”.

En *tercer lugar*, la Ley, en su artículo 2° establece que los partidos políticos, para perseguir sus fines políticos, deben utilizar medios lícitos, permitidos por el ordenamiento jurídico venezolano, y especialmente, entre los medios lícitos, los “métodos democráticos”⁹¹¹.

Por tanto, los partidos políticos deberían establecer en la declaración de principios o en sus programas el compromiso de perseguir siempre sus objetivos a través de métodos democráticos, acatar la manifestación de la soberanía popular y respetar el carácter institucional y apolítico de las Fuerzas Armadas Nacionales⁹¹².

Como consecuencia de estos métodos democráticos que deben utilizar los partidos políticos para alcanzar sus propósitos, ellos deben garantizar asimismo en sus estatutos, “los métodos democráticos en su orientación y acción política, así como la apertura de afiliación sin discriminación de raza, sexo, credo o condición social”⁹¹³; y asegurarán a sus afiliados la participación directa o representativa en el gobierno del partido y en la fiscalización de su actuación⁹¹⁴.

Por otra parte, y como consecuencia de los métodos democráticos que deben utilizar los partidos políticos, es obligación de los mismos el “no mantener directa ni indirectamente, ni como órgano propio ni como entidad complementaria o subsidia-

907 Artículo 27, letra “c” de la Ley de Partidos Políticos.

908 Artículo 2° de la Ley de Partidos Políticos. Artículo 115 de la Constitución.

909 Artículo 4° de la Constitución.

910 Artículo 6° de la Ley de Partidos Políticos.

911 Artículo 67 de la Constitución. Sobre la utilización de métodos democráticos por parte de los partidos políticos, *V. el criterio de la Procuraduría General de la República en dictamen de 15 de noviembre de 1962, publicado en Dictámenes de la Procuraduría General de la República 1962, Caracas, 1963, pp. 41 y ss.*

912 Artículo 4° de la Ley de Partidos. En este sentido y respecto a las Fuerzas Armadas, el artículo 132 de la Constitución señala que “forman una institución *apolítica* obediente y no deliberante, organizada por el Estado para asegurar la defensa nacional, la estabilidad de las instituciones democráticas y el respeto a la Constitución y a las leyes, cuyo acatamiento estará siempre por encima de cualquier otra obligación”.

913 Artículo 61 de la Constitución.

914 Artículo 5° de la Ley de Partidos Políticos.

ria, milicias o formaciones con organización militar o paramilitar, aunque ello no comporte el uso de armas, ni a permitir uniformes, símbolos o consignas, que proclamen o inviten a la violencia”, tal como lo consagra el artículo 25, ordinal 3° de la Ley.

3. Naturaleza jurídica: en la Constitución; en la ley; en la jurisprudencia

El rango constitucional de la consagración de los partidos políticos como instrumentos a través de los cuales los ciudadanos pueden participar en la orientación de la política nacional, llevó incluso a la antigua Corte Suprema de Justicia, siguiendo una doctrina sentada por el antiguo Consejo Supremo Electoral en 1970, a considerar a los partidos políticos desde el punto de vista histórico, sociológico y de la ciencia política, como “asociaciones políticas”, “asociaciones de derecho público”, o “entes jurídicos de derecho público”⁹¹⁵, considerando, por tanto, que le correspondía a cualquier ciudadano el derecho de denunciar ante el Consejo Nacional Electoral las infracciones en que a su juicio hubiera podido incurrir un partido determinado y, en consecuencia, que correspondía a dicho Consejo, en virtud de sus atribuciones, velar por que se cumplieran las exigencias legales en cuanto a la constitución y funcionamiento de los partidos políticos⁹¹⁶.

Los partidos políticos, en todo caso, no son personas jurídicas de derecho público que por ello, pudieran considerarse que ejercen alguna cuota parte del Poder Público en virtud de descentralización legal, pues aparte del papel que la Constitución les asigna como organizaciones con fines políticos a los efectos de canalizar la participación de los ciudadanos en la orientación política nacional, ni la Constitución ni ley alguna le atribuyen el ejercicio de poder público o de prerrogativa pública alguna⁹¹⁷, como al contrario sucede en otros sistemas políticos, como ocurrió en los Estados corporativos o fascistas que funcionaron en Europa hasta la Segunda Guerra Mundial, o en el esquema de los Estados de partido único, en los cuales la Constitución configura al partido como un órgano del Estado, como sucedió en la Constitución de la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Por otra parte, es claro que si se tratara de personas jurídicas de derecho público, las personas que estuvieran al servicio de todos los partidos políticos estarían incurso en la prohibición de contratar con otras personas jurídicas de derecho público, como lo establece el artículo 145 de la Constitución, cuyo contenido, evidentemente no puede referirse a los partidos políticos.

Como consecuencia, los partidos políticos en el régimen constitucional y legal venezolano, tienen que considerarse como personas jurídicas de derecho privado de las que el artículo 19, ordinal 3° del Código Civil califica como “corporaciones”, las cuales en virtud del papel político que la Constitución y la Ley de Partidos Políticos les asigna, están sometidos al control del Consejo Nacional Electoral, pero no resultando de ello, de manera alguna, que puedan dictar por sí mismos actos administra-

915 Sentencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia de 30-01-73, en *Gaceta Oficial* n° 30112 de 26-05-73).

916 *Idem*.

917 V. Alejandra Figueras Robisco, “Los partidos políticos en Venezuela: naturaleza Jurídica y control de sus actos”, *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, n° 63-64, Caracas 1995, pp. 5-28.

tivos pues no ejercen prerrogativa pública alguna. Así lo resolvió la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 26 de agosto de 1989, al señalar lo siguiente:

Como se observa, ni la previsión constitucional ni la definición misma que da de Partidos Políticos nuestro derecho positivo, en modo alguno permite configurarlos como personas jurídicas de derecho público.

En efecto, de acuerdo a los índices de publicidad antes mencionados, los partidos políticos ni forman parte de la estructura de la administración pública, ni han sido creados por actos de poder público. Por lo que respecta al disfrute de prerrogativas, no existe disposición alguna en la ley que se las haya acordado. Tampoco nos encontramos frente al supuesto de personas jurídicas de derecho privado, a las cuales el legislador las haya habilitado para dictar actos administrativos, como ocurre excepcionalmente en el supuesto previsto en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, por lo que respecta a las fundaciones y empresas del Estado las cuales, no obstante tratarse, por su forma, de personas jurídicas de derecho privado, se encuentran habilitadas expresamente para dictar las decisiones correspondientes en materia de averiguaciones administrativas. Tal prerrogativa, en virtud del carácter aislado, no es susceptible de convertirlas en personas de derecho público.

Todo lo anterior lleva a esta Corte a la conclusión de que los Partidos Políticos, no obstante la muy importante y decisiva participación en la vida pública del país, son personas jurídicas de derecho privado, cuyos actos no son susceptibles de ser calificados como actos administrativos. Cualquier divergencia que surja con motivo de una decisión del partido político o de uno de sus órganos, y la cual dé lugar al menoscabo de los derechos o intereses de un particular, debe ser sometida a la consideración del Consejo Supremo Electoral de conformidad con las previsiones correspondientes establecidas en la Ley de Partidos Políticos. En consecuencia, el acto administrativo será, precisamente, la decisión que al respecto adopte el Consejo Supremo Electoral y éste sería el acto impugnabile por la vía del contencioso administrativo, sujeto al control judicial de constitucionalidad y de legalidad por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

Esta Corte debe entonces concluir que los partidos políticos no son personas jurídicas de derecho público, ni pueden considerarse que ejercen potestades de poder público, pues el papel que la Constitución les asigna a los efectos de canalizar la participación de los ciudadanos en la orientación política nacional no es susceptible de calificar de prerrogativa lo que simplemente es una función, aunque sí, de gran relevancia para el desarrollo de la vida pública del país.

Por las razones expuestas, al no poder calificarse como actos administrativos los impugnados ante esta instancia jurisdiccional, por tratarse de un acto emanado de un partido político, esta Corte debe declarar improcedente el recurso contencioso administrativo de anulación intentado ya que sólo contra los actos administrativos procede el ejercicio del mencionado recurso, y así se decide⁹¹⁸.

918 *V. en Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, n° 39, Caracas 1989, pp. 149-151. *V. los comentarios a esta sentencia en Alejandra Figueras Robisco, "Los partidos políticos en Venezuela: naturaleza Jurídica y control de sus actos", Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, n° 63-64, Caracas 1995, pp. 5-28.

4. Constitución y / o formación de los partidos políticos: libertad amplia; restricciones; regulaciones especiales

El régimen de formación y constitución de los partidos políticos tanto nacionales como regionales está establecido en la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones de 1964, estableciéndose una amplia libertad para ello.

El trámite inicial previsto en la Ley es que los grupos de *ciudadanos* que deseen constituir un partido político deberán participarlo a la autoridad civil del Distrito o Departamento con indicación de las oficinas locales que establecerán, en cuyos frentes y en forma visible para el público, colocarán un aviso o placa indicativa del nombre provisional con que actúan. Así lo establece el artículo 8° de la Ley. En todo caso, serán clausurados los locales de asociaciones o grupos políticos que funcionen sin haber cumplido con los requisitos antes señalados.

La Ley, por otra parte, permite el funcionamiento provisional de asociaciones de *ciudadanos* que postulen candidatos durante los procesos electorales conforme al artículo de la Ley Orgánica del Sufragio, mientras dure el proceso electoral, y los autoriza en el mismo artículo 8° para que tengan y organicen locales y oficinas como los partidos políticos, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el funcionamiento provisional de los partidos políticos, visto anteriormente.

A los fines de la regulación sobre la constitución definitiva de los partidos políticos, la vigente Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones establece dos tipos de organizaciones: los partidos políticos nacionales y los partidos políticos regionales, cuyos requisitos de constitución se analizan más adelante.

Por otra parte, de acuerdo con la misma Ley, los partidos políticos deben adoptar una denominación distinta de la de otros partidos políticos debidamente registrados. Dicha denominación no podrá incluir nombres de personas ni de iglesias, ni ser contraria a la igualdad social y jurídica, ni expresiva de antagonismo hacia naciones extranjeras, ni en forma alguna parecerse o tener relación gráfica o fonética con los símbolos de la Patria o con emblemas religiosos. Por su parte, la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política también precisa que desde su inscripción, los partidos políticos deben indicar al Consejo Nacional Electoral, el color, combinación de colores o símbolos que deseen para distinguir sus postulaciones (Art. 134).

Además, los partidos políticos deberán dar cuenta al Consejo Nacional Electoral, dentro de los 10 días siguientes, de toda determinación que cambie la denominación del partido que, por otra parte, sólo puede hacerse conforme a las reglas antes enunciadas⁹¹⁹.

Además de las obligaciones derivadas de la propia naturaleza y definición legal de los partidos políticos antes analizadas, y de las otras referidas al financiamiento de los mismos que se analizarán más adelante, el artículo 25 de la Ley establece que son obligaciones de los mismos las siguientes:

1. Adecuar su conducta a la declaración de principios, acta constitutiva, programa de acción política y estatutos debidamente registrados.
2. Enviar copia al organismo electoral correspondiente de las modificaciones introducidas en los documentos mencionados anteriormente.

919 Artículo 7° de la Ley de Partidos Políticos.

3. No mantener directa ni indirectamente, ni como órgano propio ni como entidad complementaria o subsidiaria, milicias o formaciones con organización militar o paramilitar, aunque ello no comporte el uso de armas, ni a permitir uniformes, símbolos o consignas que proclamen o inviten a la violencia.

Dentro del Consejo Nacional Electoral, conforme al artículo 68 de la Ley Orgánica del Poder Electoral corresponden a la Oficina Nacional de Participación Política, las siguientes funciones:

1. Formar, organizar y actualizar el registro de las organizaciones con fines políticos, grupo de electores, agrupaciones de ciudadanas y ciudadanos, de conformidad con lo establecido en la ley.

2. Tramitar las solicitudes de constitución, renovación y cancelación de organizaciones con fines políticos, la determinación de sus autoridades legítimas y sus denominaciones provisionales, colores y símbolos de conformidad con la ley.

V. REQUISITOS PARA LA CONSTITUCIÓN/ FORMACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS A NIVEL REGIONAL

1. La solicitud de inscripción

Los partidos políticos regionales se constituirán mediante su inscripción en el registro que al efecto llevará el Consejo Nacional Electoral. Las solicitudes de inscripción deben ir acompañadas de los siguientes documentos⁹²⁰.

1. Nómina de integrantes del partido en número no inferior al 0,5 por ciento de la población inscrita en el registro electoral de la respectiva Entidad. La nómina especificará sus nombres y apellidos, edad, domicilio y Cédula de Identidad.

Los integrantes del partido que aparezca en esta nómina deberán estar domiciliados en la respectiva entidad.

2. Manifestación de voluntad de los integrantes del partido de pertenecer a él⁹²¹.

3. Tres ejemplares de su declaración de principios, de su acta constitutiva, de su programa de acción política y de sus estatutos. Uno de estos ejemplares se archivará en el expediente del Consejo Supremo Electoral, otro se enviará al Ministerio de Relaciones Interiores y el tercero será remitido a la Gobernación correspondiente.

4. Descripción y dibujo de los símbolos y emblemas del partido.

5. Indicación de los supremos organismos del partido, personas que los integran y los cargos que dentro de ellos desempeñan.

La solicitud de inscripción podrá ser tramitada por los interesados directamente ante el Consejo Supremo Electoral o por intermedio de la Gobernación de la respectiva entidad. En todo caso, los directivos del partido deberán autorizar con su firma

920 Artículo 10 de la Ley de Partidos Políticos.

921 Estos dos primeros requisitos no tienen que cumplirse, sin embargo, por “los grupos de ciudadanos que hubieren presentado planchas de candidatos en las últimas elecciones regionales o nacionales, según el caso, y hubieren obtenido el 3 por ciento de los votos emitidos..., pero deberán someterse a los demás requisitos para la constitución de partidos políticos”.

todos los documentos requeridos para la constitución del partido enumerados anteriormente, de acuerdo con sus disposiciones estatutarias.

2. La publicación y la impugnación de nombres

El Consejo Nacional Electoral al recibir la solicitud de inscripción, deberá entregar constancia de ello a los interesados y ordenará su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República y en la Gaceta de la entidad correspondiente, dentro de los cinco (5) días siguientes.

Cuando la solicitud se haga a través de la Gobernación regional, la Secretaría de Gobierno cumplirá con la tramitación establecida y hará la publicación en la Gaceta del Estado en el mismo plazo antes señalado, remitiendo los recaudos al Consejo Nacional Electoral, con excepción de la nómina de militantes del partido. El Consejo Nacional Electoral podrá designar delegados, al recibir la información de que se ha solicitado el registro de un partido regional, para que supervise o tome a su cargo la tramitación de los recaudos.

En la publicación de la solicitud a que se ha hecho referencia, se expresará el *derecho* de cualquier *ciudadano* para revisar, en la Secretaría de Gobierno de la respectiva entidad, la nómina de los integrantes del partido y para impugnar el uso indebido de algún nombre⁹²². A estos efectos cuando la solicitud de inscripción se ha hecho directamente ante el Consejo Nacional Electoral, éste remitirá a la Gobernación correspondiente la nómina de los integrantes del partido.

La impugnación de nombres la oír, comprobará y certificará el Consejo Nacional Electoral a través de sus delegados o del Secretario de Gobierno, con la simple confrontación de su Cédula de Identidad⁹²³.

3. La devolución de la solicitud

Una vez transcurridos treinta (30) días a contar de la fecha de la publicación, la Gobernación respectiva debe enviar al Consejo Nacional Electoral la nómina con las observaciones o impugnaciones que se le hubieren hecho.

El Consejo Nacional Electoral, si no se han cumplido todos los extremos legales, devolverá la solicitud, haciendo constar por escrito los reparos formulados, siempre que no se trate de una negativa de la inscripción. Los interesados, dentro de los diez días siguientes, podrán presentar los nuevos recaudos necesarios para formalizar la

922 Se trata de la protección específica del nombre como uno de los derechos de la personalidad. Es de destacar, por otra parte, que la Ley de Partidos Políticos no consagra otra forma de oposición a la inscripción de partidos regionales, salvo esta de la oposición, al uso de algún nombre. Al contrario, en la constitución de partidos políticos nacionales se admite la oposición a la inscripción de los mismos por cualquier motivo. No se comprenden los motivos por los cuales se estableció este régimen distinto en materia de oposición a la inscripción de partidos políticos.

923 Los servicios de la Oficina Nacional de Identificación, creada por Ley Orgánica de Identificación, deben atender cualquier requerimiento que le sea hecho a los fines del cumplimiento de la disposición del artículo 12 de la Ley.

solicitud y el Consejo resolverá dentro de los diez días después de haber recibido respuesta a los reparos formulados. Así lo establece el artículo 12 de la Ley.

4. La objeción del Ministerio de Relaciones Interiores

Tal como lo indica el artículo 14 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, el Ministerio de Relaciones Interiores podrá objetar la solicitud de inscripción de cualquier partido ante el Consejo Nacional Electoral, indicando las razones en que se fundamenta.

Si fueran rechazadas las objeciones por el Consejo Nacional Electoral, el Ejecutivo Nacional, por órgano de la Procuraduría General de la República, podría recurrir contra ese acto por ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, la cual decidirá en la forma y dentro de los lapsos establecidos para la negativa de inscripción, que veremos más adelante.

5. La inscripción

Si los interesados han cumplido con todos los requisitos legales, y no ha habido objeción del Ejecutivo Nacional o si la habido ha sido rechazada definitivamente, el Consejo Nacional Electoral, dentro de los quince días siguientes al recibo de la solicitud y sus recaudos, luego de transcurridos los treinta días siguientes a las publicaciones, procederá a inscribir al partido en su registro.

Hecha la inscripción del partido, el Consejo Nacional Electoral debe comunicar su decisión a los interesados y publicarla en la *Gaceta Oficial* de la República y en la Gaceta de la entidad correspondiente, dentro de los cinco días siguientes⁹²⁴.

Conforme lo establece el artículo 21 de la Ley, desde la fecha de la publicación de su registro, el partido político adquirirá personería jurídica y podrá actuar, a los fines de sus objetivos políticos, en todo el territorio de la entidad regional respectiva.

6. La negativa de inscripción

La decisión del Consejo Nacional Electoral puede ser también denegatoria de la solicitud y, por tanto, de negativa de la inscripción solicitada. Cuando así sea, esta decisión también debe ser notificada a los interesados y publicada en la *Gaceta Oficial* de la República y en la Gaceta de la entidad correspondiente, dentro de los cinco días siguientes. En todo caso, en la decisión de negativa de la inscripción, se expresarán las razones que para ello tuvo el Consejo Nacional Electoral⁹²⁵, es decir, debe tratarse de un acto administrativo motivado⁹²⁶.

924 Artículo 12 y 13 de la Ley de Partidos Políticos.

925 Artículo 13 de la Ley de Partidos Políticos.

926 Sobre la motivación de los actos administrativos, *V.* el artículo 99 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

De este acto administrativo decisorio de negativa de inscripción, se podrá recurrir dentro de los quince días siguientes a la publicación en la *Gaceta Oficial*, por ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

La Sala Electoral deberá decidir en la decimaquinta (15) audiencia siguiente al recibo de las actuaciones, pudiendo, tanto el Consejo Nacional Electoral como los interesados, promover y evacuar los alegatos y pruebas que estimen procedentes, dentro de las diez (10) primeras audiencias de aquel lapso.

Cuando la decisión de la Sala Electoral sea revocatoria de la del Consejo Nacional Electoral, éste debe proceder a inscribir al partido dentro de los tres días siguientes a la decisión de la Sala Electoral⁹²⁷.

7. La renovación de la nómina

Los partidos políticos regionales deben renovar, en el curso del año en que comience cada período constitucional, su nómina de inscritos en el porcentaje del cinco por ciento (0,5%) en la forma señalada para su constitución.⁹²⁸

VI. REQUISITOS PARA LA CONSTITUCIÓN/ FORMACIÓN DE PARTIDOS A NIVEL NACIONAL

1. La solicitud de inscripción

Los partidos políticos nacionales se constituirán mediante su inscripción en el registro que al efecto llevará el Consejo Nacional Electoral.

Las solicitudes de inscripción deberán ir acompañadas de los siguientes documentos:⁹²⁹

1. Dos ejemplares de su acta constitutiva, de su declaración de principios, de su programa de acción política y de sus estatutos. Uno de estos ejemplares se archivará en el respectivo expediente del Consejo Nacional Electoral y el otro será remitido al Ministerio de Relaciones Interiores.

Cuando se trate de partidos políticos regionales que hubieren acordado su fusión para constituir una organización nacional, así se expresará en la respectiva Acta Constitutiva, acompañándose copia fehaciente del voluntario consentimiento expresado por cada una de las organizaciones regionales, de acuerdo con sus Estatutos, para convertirse en Partido Nacional⁹³⁰.

2. Debe acompañarse además, constancia auténtica de que el partido ha sido constituido por lo menos en doce (12) de las entidades regionales, conforme a las normas y procedimientos a que se ha hecho referencia anteriormente. En este sentido, y a los efectos de la solicitud

927 Artículo 15 de la Ley de Partidos Políticos.

928 Artículo 26 de la Ley de Partidos Políticos.

929 Artículo 16 de la Ley de Partidos Políticos.

930 Artículo 17 de la Ley de Partidos Políticos.

de inscripción *regional* conforme al artículo 10 de la Ley, el partido en trámite de organización nacional, podrá presentar los referidos recaudos ahí solicitados al partido nacional, agregando las correspondientes disposiciones transitorias para su actuación regional mientras se cumplen aquellos trámites⁹³¹.

3. En tercer lugar, debe presentarse con la solicitud, la descripción y dibujo de los símbolos y emblemas del partido.

4. Por último debe acompañarse la indicación de los organismos nacionales de dirección, las personas que los integran y los cargos que dentro de ellos desempeñan.

Los Directores del partido deben autorizar con su firma las actuaciones precedentes, de acuerdo con las disposiciones estatutarias respectivas.

2. La publicación y la oposición

El Consejo Nacional Electoral, al recibir la solicitud de inscripción entregará constancia de ello a los interesados y ordenará su publicación en la *Gaceta Oficial*, dentro de los cinco días siguientes. En dicha publicación se expresará el derecho de cualquier *ciudadano* a impugnar la solicitud de inscripción.

Los ciudadanos tendrán treinta días, contados a partir de la publicación de la solicitud, para oponerse a la inscripción del partido, y tendrán, si así lo hacen, veinte días para presentar las pruebas y alegatos que consideren pertinentes. El Consejo Nacional Electoral debe decidir dentro de los diez días siguientes.

En todo caso, de la decisión del Consejo Nacional Electoral, los que hubiesen hecho oposición o los promotores del partido, podrán recurrir ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, dentro de los diez días siguientes a la fecha de la decisión. La Sala Electoral deberá decidir en la décimaquinta audiencia siguiente al recibo de las actuaciones, pudiendo el Consejo Nacional Electoral, como los interesados, promover y evacuar los alegatos y pruebas que estimen procedentes dentro de las diez primeras audiencias de aquel plazo⁹³².

3. La objeción del Ministerio de Relaciones Interiores

Al igual de lo que regula la ley respecto a los partidos regionales, el artículo 20 de la misma establece que el Ministerio de Relaciones Interiores podrá objetar la solicitud de inscripción de cualquier partido nacional ante el Consejo Nacional Electoral, indicando las razones en que se fundamente de acuerdo con lo prescrito en la ley. Si las objeciones fueren rechazadas, el Ejecutivo Nacional, por órgano del Procurador General de la República, podrá recurrir por ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en la forma y dentro de los lapsos que analizamos anteriormente⁹³³.

931 Artículo 11 de la Ley de Partidos Políticos.

932 Artículo 18 de la Ley de Partidos Políticos.

933 Artículos 18 y 20 de la Ley de Partidos Políticos.

4. La inscripción

Transcurridos treinta días a contar de la fecha de la publicación de la solicitud de inscripción del partido político nacional, si no se hubiere formulado oposición razonada ni objeción por parte del Ministerio de Relaciones Interiores y si el Consejo Nacional Electoral considerare que han sido llenados los requisitos legales, procederá a inscribir al partido en su registro dentro de los cinco días siguientes al vencimiento de aquel plazo⁹³⁴.

Una vez hecha la inscripción del partido, el Consejo Nacional Electoral debe proceder a comunicarla a los interesados y a publicarla en la *Gaceta Oficial* dentro del lapso de cinco días⁹³⁵. Desde la fecha de la publicación de su registro, el partido político nacional adquirirá personería jurídica y podrá actuar, a los fines de sus objetivos políticos, en toda la República.

5. La negativa de inscripción

Sin embargo, también la decisión del Consejo Nacional Electoral puede ser en sentido negativo cuando considere que no se han cumplido los requisitos legales de inscripción. La decisión denegatoria de la solicitud debe también publicarse en la *Gaceta Oficial* y comunicarse a los interesados. De acuerdo al artículo 19 de la Ley, el Consejo Nacional Electoral debe expresar las razones que tuvo para negar la inscripción. Se trata de la necesaria motivación del acto administrativo denegatorio.

Contrariamente a lo estipulado expresamente en materia de negativa de inscripción de partidos políticos regionales⁹³⁶, la ley no reguló en forma expresa la impugnación por ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia del acto administrativo denegatorio de inscripción de partidos políticos nacionales. Sin embargo, consideremos que el artículo 15 de la Ley ya analizado, es perfectamente aplicable por vía analógica, a los partidos políticos nacionales.

6. La constitución de seccionales regionales

En caso de partidos políticos nacionales la ley regula expresamente la constitución de seccionales regionales. En efecto, la ley vigente somete la constitución de seccionales regionales, en las entidades donde no se hubiera constituido con anterioridad a su inscripción en el registro del Consejo Nacional Electoral, al cumplimiento de lo establecido en los numerales 3, 4 y 5 del artículo 10 de la misma, referido a la constitución de partidos políticos regionales, que ya hemos analizado.

En todo caso, la representación de las seccionales, mientras quedan definitivamente constituidas, corresponde a las autoridades partidistas nacionales.

934 Artículo 18 de la Ley de Partidos Políticos.

935 Artículo 19 de la Ley de Partidos Políticos.

936 Artículo 15 de la Ley de Partidos Políticos.

7. La renovación de la nómina

Los partidos políticos nacionales también deben renovar, en el curso del año en que comience cada período constitucional, su nómina de inscritos en el porcentaje del cinco por ciento (0,5%) en la forma señalada para la constitución de los partidos regionales anteriormente analizada. Sin embargo, los partidos que hubieran obtenido en las elecciones nacionales correspondientes, el uno por ciento (1%) de los votos emitidos sólo tendrán que presentar una constancia de la votación que obtuvieron, debidamente certificada, por el respectivo organismo electoral⁹³⁷.

VII. ESTRUCTURA INTERNA DE LOS PARTIDOS

La estructura interna de los partidos políticos no está regulada ni definida en la Ley de Partidos Políticos. Esa materia corresponde ser regulada en los estatutos de los propios partidos.

Sin embargo, los partidos políticos están obligados conforme al artículo 25,6 de la Ley de Partidos Políticos a participar por escrito al Consejo Nacional Electoral, en cada oportunidad, los nombres de las personas que integren los supremos órganos directivos del partido y los cargos que dentro de ellos desempeñen. En los Estados y en el Distrito Capital, esta participación debe hacerse ante la Gobernación respectiva, la cual debe remitir copia al Consejo Nacional Electoral.

Como consecuencia de esta participación, en caso de conflicto entre directivas paralelas que puedan designar por facciones distintas dentro de los partidos políticos, el Consejo Nacional Electoral tiene competencia para determinar cuál de las directivas, a su juicio y conforme a los estatutos del partido es la que reconoce como tal. Esta decisión puede ser impugnada por vía de recurso contencioso-electoral ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo.

VIII. DEMOCRACIA INTERNA, DERECHO DE PARTICIPACIÓN

La Constitución establece que en todo caso, las asociaciones políticas deben seguir métodos democráticos no sólo en su organización sino en su funcionamiento y dirección. Para asegurar su democratización interna, el artículo 67 de la Constitución precisa que tanto los titulares de sus órganos de dirección como los candidatos de los partidos y asociaciones políticas a los diversos cargos de elección popular, deben ser “seleccionados en elecciones internas con la participación de sus integrantes”.

En tal sentido, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 38 del 28 de abril de 2000 (Caso: *Arsenio Henríquez y otro vs. Movimiento al Socialismo (MAS)*), estableció el siguiente criterio:

En tal sentido, se observa que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela orientada por uno de los principios que la informan, como lo es la participación protagónica

937 Artículo 26 de la Ley de Partidos Políticos.

de los ciudadanos en los asuntos públicos, consagró el derecho a la asociación en organizaciones con fines políticos, cuya estructura debe garantizar métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. A tal fin las organizaciones políticas que se crearen deberán incluir en su ordenamiento interno aquellas normas que desarrollen y garanticen el cumplimiento de este mandato, de igual modo, las ya existentes, tienen el deber ineludible de adaptar sus reglamentos y estatutos a esta exigencia constitucional, en caso de que los dictados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución, no garanticen el derecho constitucional referido, y la participación de sus integrantes en su organización y funcionamiento. Ello, con el apoyo del recién creado Poder Electoral que tiene a su cargo, por mandato constitucional, garantizar la participación de los ciudadanos, a través de procesos comiciales transparentes, imparciales, eficientes y confiables, que se celebren, entre otros, en las mismas organizaciones con fines políticos.

Los partidos políticos han de tener, entonces, necesariamente un carácter democrático, la actividad del partido en todo momento debe garantizar, preservar y desarrollar los principios democráticos contenidos en la Constitución, desechando cualquier conducta o práctica que distorsione el carácter democrático exigido por ella, debiendo abstenerse de cualquier método que vulnere las formas establecidas para acceder, ejercer y participar en el sistema político venezolano. Tales principios deben estar garantizados en su seno, es decir, dichas, organizaciones deben asegurar a sus afiliados la participación directa o representativa en el gobierno del partido.

Así pues, en atención al derecho consagrado en el artículo 67 de la Constitución y, con el objeto de respetar los principios democráticos y dar cumplimiento a lo dispuesto en el referido artículo, en cuanto a que los *“organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes”*, los partidos políticos pueden dictar la normativa pertinente que regule esa forma de elección. El nuevo esquema impone a estos organismos, en el ejercicio de tal facultad, el recato y prudencia necesaria que garantice que la voluntad de sus respectivos colectivos se exprese en forma diáfana, evitando con ello la tentación de convertirse en instrumentos confiscatorios de la expresión o voluntad popular, en consecuencia, los candidatos deben ser seleccionados de conformidad con el proceso electoral interno instaurado en el que participen sus integrantes⁹³⁸.

En todo caso, a fin de garantizar la organización interna democrática de los partidos políticos, el artículo 293, ordinal 6 de la Constitución, ha atribuido al Poder Electoral la función de organizar las elecciones de las organizaciones con fines políticos en los términos que señale la Ley.

IX. TRATAMIENTO DEL TEMA DE GÉNERO

En la Constitución de 1999, a pesar de que toda ella está redactada respetándose en todos sus artículos la referencia expresa al género femenino, al configurarse el principio de la igualdad en términos absolutos (Art. 21), se eliminó toda posibilidad de que en la legislación se pudiera establecer un tratamiento especial al género femenino mediante, por ejemplo, la regulación de cuotas de participación en las asambleas o cuotas en las listas de candidatos. Por ello fue que precisamente, con base en

938 V. en *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, n° 82 (abril-junio), Caracas, 2000, pp. 333 y ss.

la norma del artículo 21 de la Constitución, que la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 52 de 19 de mayo de 2000 (Caso: *Sonia Sgambatti vs. Consejo Nacional Electoral*) consideró como tácitamente derogado el artículo 144 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que establecía la llamada “cuota electoral femenina”, con base en los siguientes argumentos:

El citado artículo 144 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política impone a los partidos y grupos de electores la obligación de conformar la postulación de sus listas a los cuerpos deliberantes, con un porcentaje que represente como mínimo el treinta por ciento (30%) de los candidatos postulados, lo cual a entender de esta Sala revela una ostensible contradicción con el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; en efecto el principio de igualdad opera en dos planos diferentes: frente al legislador (igualdad en la Ley) y en aplicación de la Ley. En el primer caso la preservación de la igualdad en la Ley impide que se puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a las personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentren en la misma situación, por lo que cuando el legislador en uso de su potestad actúa en forma contraria al criterio antes referido, es decir, configura el supuesto de hecho de la norma creando una mejor posición para una persona o grupo de personas, y dotándolo de esta manera de un régimen jurídico más favorable que el de otros, incurre en una infracción de principio de igualdad por parte del legislador.

En efecto, el análisis del artículo 144 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, pone en evidencia que el legislador creó, basado en la situación en la que se encontraba para ese momento la mujer, una situación más favorable para éstas en la integración de las listas que deben ser presentadas para la elección de los cuerpos deliberantes con la finalidad de materializar en la práctica el principio de igualdad recogido en la Constitución de 1961.

Ahora bien, advierte esta Sala, que si bien dicho dispositivo pudo ser congruente, o estar en sintonía con la Constitución de 1961, no es posible afirmar lo mismo cuando se confronta con la Constitución de 1999, ya que no ha sido esa la intención plasmada en nuestra Carta Magna, por cuanto la situación en la que se encuentra la sociedad venezolana ha variado notablemente, motivo por el cual se estableció plena igualdad entre el hombre y la mujer, al dotársele de los mismos derechos incluyendo políticos, y colocándolos en el mismo plano de igualdad, esto es identidad de condiciones y oportunidades para ejercer derechos especialmente atinentes a los cargos de elección popular, sin que exista norma alguna que restrinja, limite o menoscabe el ejercicio de estos derechos de las mujeres. Más aún, reconoce ambos géneros indistintamente, en cada uno de las normas referidas a cargos públicos (véase en este sentido el Título IV de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela relativo al Poder Público).

En consonancia con los argumentos antes expuestos, considera esta Sala oportuno destacar que es un hecho notorio que el sexo masculino milita en mayor número en las agrupaciones políticas que las mujeres, y que la militancia política en todas las sociedades y en todos los tiempos siempre ha estado reducida a una proporción mínima de población, y los liderazgos que resultan en la misma son producto del trabajo político perseverante de los integrantes de las asociaciones con fines políticos, los cuales militan voluntariamente en sus agrupaciones independientemente de su sexo.

Muy por el contrario, no se debe a limitaciones establecidas al sexo femenino, ni mucho menos a la serie de tareas hogareñas a las que el sexo femenino pudiera encontrarse obligado. (Véase en este sentido sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, del 28 de mayo de 1998, caso Enrique Yéspica Allup).

Aunado a lo anterior, resulta procedente señalar que el Artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que: *“Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho a asociarse, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. Sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con participación de sus integrantes...”* de lo cual se desprende que la selección de los postulados por cada organización con fines políticos se realizará mediante mecanismos democráticos, y con total prescindencia del sexo al que pertenecen.

De lo expuesto se desprende que el artículo 144 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política ha quedado derogado, por no guardar correspondencia con lo establecido en torno al derecho a la igualdad y no discriminación en el texto constitucional, en virtud de la norma derogatoria única *ejusdem*, configurándose una inconstitucionalidad sobrevenida y así se decide⁹³⁹.

X. NORMAS CON RELACIÓN A OTROS GRUPOS AFILIADOS A LOS PARTIDOS POLÍTICOS

El artículo 125 de la Constitución garantiza el derecho de los pueblos indígenas a la participación política y la obligación del Estado de garantizar la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales (Consejos Estadales) y locales (Consejos Municipales) con población indígena, conforme a la ley.

Asimismo, el artículo 186 Constitución dispone que los pueblos indígenas elegirán 3 diputados, de acuerdo con lo que se establezca en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres.

XI. FINANCIAMIENTO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

1. Prohibición del financiamiento público

Contrariamente a lo que se regulaba en la legislación electoral preconstitucional, el artículo 67 de la Constitución expresamente prohíbe el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado. Se cambió así, radicalmente, el régimen de financiamiento público a los partidos políticos previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (Art. 203), mediante el cual

⁹³⁹ V. en *Revista de Derecho Público*, nº 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 255 y 256.

se buscaba mayor equilibrio y equidad para la participación electoral, evitando los desequilibrios y perversiones que podría producir el solo financiamiento privado, por el narcofinanciamiento, por ejemplo, y el eventual financiamiento público indirecto sólo para los partidos de gobierno⁹⁴⁰. Se abandonó así, la tendencia inversa que predomina en el derecho comparado.

Incluso, para evitar cualquier financiamiento público indirecto, no sólo la Constitución establece expresamente que los funcionarios públicos están al servicio del Estado y no de parcialidad política alguna (Art. 145); sino que las direcciones de las asociaciones con fines políticos no pueden contratar con entidades del sector público (Art. 67). El primer principio, sin embargo, desde que se publicó la Constitución, ha sido sistemáticamente vulnerado al ejercer el Presidente de la República, algunos de sus Ministros y otros altos funcionarios de la Administración Pública, y el Presidente de la Asamblea Nacional, los principales cargos directivos del partido de gobierno.

2. Financiamiento privado y su control

En todo caso, el mismo artículo 67 de la Constitución remite a la ley para regular lo concerniente al financiamiento y las contribuciones privadas de las organizaciones con fines políticos, y los mecanismos de control que aseguren la pulcritud en el origen y manejo de las mismas. Asimismo la ley debe regular las campañas políticas y electorales, su duración y límites de gastos, propendiendo a su democratización.

La Ley de Partidos Políticos, en esta materia, establece como restricción general en el artículo 25,4 que los partidos no pueden “aceptar donaciones o subsidios de las entidades públicas, tengan o no carácter autónomo; de las compañías extranjeras o con casa matriz en el extranjero; de empresas concesionarias de obras públicas; de cualquier servicio o de bienes de propiedad del Estado, de Estados extranjeros o de organizaciones políticas extranjeras⁹⁴¹”.

La Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, por su parte, en la materia prohíbe a las organizaciones políticas y candidatos electorales a recibir contribuciones anónimas (Art. 202).

A los efectos del control, la Ley de Partidos Políticos dispone que los partidos deben llevar una documentación contable en la que consten los ingresos y la inversión de los recursos del partido. Estos libros de contabilidad y sus respectivos comprobantes deben ser conservados durante cinco (5) años, por lo menos, contados a partir del último asiento de cada uno de ellos (Art. 25,5).

Ahora bien, el control del financiamiento de los partidos políticos corresponde al Consejo Nacional Electoral a cuyo efecto, el artículo 33,25 de la Ley Orgánica del

940 V. en general sobre el tema, Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el financiamiento de los partidos políticos en Venezuela” en *Financiamiento y democratización interna de partidos políticos. Memoria del IV Curso Anual Interamericano de Elecciones*, San José, Costa Rica, 1991, pp. 121 a 139. V. nuestra propuesta en relación con este artículo en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, p. 128.

941 Ello con el fin de evitar en todo momento que los partidos políticos suscriban pactos que los obliguen a subordinar su actuación a directivas provenientes de entidades o asociaciones extranjeras como lo prohíbe el artículo 6° de la Ley de Partidos Políticos.

Poder Electoral le atribuye competencia para “Velar por el cumplimiento de las disposiciones del ordenamiento jurídico en relación con el origen y manejo de los fondos de las organizaciones con fines políticos”; y a la Comisión de Participación Política y Financiamiento la cual conforme al artículo 66 de la misma Ley tiene las siguientes funciones:

3. Vigilar por el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales en relación con los fondos y el financiamiento de las campañas electorales de las organizaciones con fines políticos, grupos de electores, asociaciones de ciudadanas o ciudadanos, y de las candidatas o los candidatos por iniciativa propia.
4. Investigar el origen y destino de los recursos económicos utilizados en las campañas electorales de las organizaciones con fines políticos, grupo de electores, asociaciones de ciudadanas o ciudadanos y de las candidatas o candidatos postuladas o postulados por iniciativa propia, de conformidad con lo establecido en la ley.

Adicionalmente el artículo 69 de la Ley Orgánica del Poder Electoral atribuye a la Dirección Nacional de Financiamiento las siguientes funciones:

1. Sustanciar las investigaciones que le delegue la Comisión de Financiamiento y Participación Política sobre el origen y destino de los recursos económicos destinados a las campañas electorales de las organizaciones con fines políticos, grupo de electores y de las candidatas o candidatos postuladas o postulados por iniciativa propia, de conformidad con lo establecido en la ley.
2. Sustanciar las investigaciones que le delegue la Comisión de Financiamiento y Participación Política relacionadas con el origen y destino de los gastos de los fondos de financiamiento de las organizaciones con fines políticos, grupos de electores y de las candidatas o candidatos postuladas o postulados por iniciativa propia, de conformidad con lo establecido en la ley.
3. Recibir, organizar y archivar los recaudos sobre el origen de los fondos y el financiamiento de las campañas electorales de las organizaciones con fines políticos, grupos de electores, asociaciones de ciudadanas o ciudadanos y de las candidatas o candidatos postuladas o postulados por iniciativa propia.

3. Sanciones

La Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política establece como falta electoral, penada con multa, al “candidato que no presente informe sobre sus ingresos y gastos de campaña electoral ante el Consejo Nacional Electoral en los términos establecidos en la ley (Art. 254,13). La misma Ley regula como delito penado con prisión de 2 a 3 años, al responsable de los partidos políticos o grupos de electores, así como al candidato que reciba contribuciones o financiamiento de forma anónima (Art. 258, 3).

XII. COALICIONES, FUSIONES Y ALIANZAS

La Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política establece una amplia libertad de alianzas políticas entre las organizaciones políticas, con motivo de la postulación de candidatos. Considera la Ley que existe alianza cuando dos o más organiza-

ciones políticas presenten idénticas postulaciones. En el caso de elecciones de organismos deliberantes, “las postulaciones son idénticas cuando están conformadas por las mismas personas y en el mismo orden” (Art.9).

La consecuencia de las alianzas es que conforme a la ley, sólo en el caso de las dichas alianzas se sumarán los votos que otorgan los candidatos postulados por diversas organizaciones políticas, en la circunscripción correspondiente.

XIII. EXTINCIÓN/ CANCELACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS: CAUSAS

1. La cancelación del registro de los partidos políticos

Diversas causales de cancelación del registro de los partidos políticos establece la Ley de Partidos Políticos en su artículo 27. Ellas son:

1. Por solicitud del propio partido, conforme a sus estatutos.
2. Como consecuencia de su incorporación a otro partido o de su fusión con éste.
3. Cuando haya dejado de participar en las elecciones, en dos períodos, constitucionales sucesivos.
4. Cuando se compruebe que ha obtenido su inscripción en fraude a la ley, o ha dejado de cumplir los requisitos en ella señalados, o su actuación no estuviese ajustada a las normas legales. En esta causal puede incluirse el incumplimiento de las obligaciones de los partidos políticos antes vistas.

En caso de producirse alguna de las causales de cancelación del registro de un partido político el Consejo Nacional Electoral podrá hacerlo, actuando de oficio o a petición del Ministerio de Relaciones Interiores y de Justicia, del Ministerio Público o de otro partido⁹⁴². En todo caso ninguna revocatoria podrá acordarla el Consejo Nacional Electoral sin la previa citación del partido afectado⁹⁴³ en las personas que ejerzan su representación de conformidad con sus estatutos, quienes podrán oponerse a la cancelación, promoviendo y evacuando las pruebas conducentes y exponiendo por escrito los alegatos que estimen procedentes.

Establece el artículo 27 de la ley que todo ese procedimiento debe cumplirse dentro del término de treinta días computados a partir de la citación del partido afectado. Si transcurre este término sin que haya habido oposición quedará definitivamente cancelado el registro y se publicará la decisión en la *Gaceta Oficial*.

Si, por el contrario, hubiere habido oposición de la decisión recaída podrá recurrirse ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en la forma que se indicó al examinar la negativa de inscripción, y en tanto no recaiga sentencia definitivamente firme el partido podrá continuar sus actividades ordinarias.

942 Artículo 27 de la Ley de Partidos Políticos.

943 Lo que constituye la necesaria garantía del procedimiento administrativo configurada por la audiencia del interesado regulada en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En todo caso, el Consejo Nacional Electoral debe publicar en la *Gaceta Oficial* y en los demás órganos de publicidad que crea necesarios el respectivo asiento de cancelación del partido, excepto cuando lo fuera por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia⁹⁴⁴, en cuyo caso ésta cuidará de su aplicación⁹⁴⁵.

2. La disolución de los partidos políticos

La Ley de Partidos Políticos no sólo regula la cancelación del registro como medio de extinción de los partidos, sino que prevé la disolución de los mismos.

En efecto, la disolución está prevista respecto a los partidos políticos que de manera sistemática propugnen o desarrollen actividades contra el orden constitucional.

En estos casos corresponde a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, a instancia del Poder Ejecutivo Nacional, conocer y decidir sobre la disolución del partido de referencia⁹⁴⁶.

XIV. OTRAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA

La Constitución de 1999 establece en su artículo 70, con carácter general, que son “medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico: las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad”. La ley, concluye la norma, debe establecer las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en dicho artículo⁹⁴⁷.

En cuanto al derecho de los ciudadanos de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección, el artículo 67 de la Constitución, como se ha señalado, no sólo reguló a los partidos políticos sino en general a las organizaciones con fines políticos.⁹⁴⁸ Además, ni los partidos políti-

944 Artículo 28 de la Ley de Partidos Políticos.

945 Artículo 120 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

946 Artículo 29 de la Ley de Partidos Políticos. Si se tiene en cuenta la disposición que consagra la cancelación de los partidos políticos que se ha analizado y que consagra como causal de cancelación el hecho de que la actuación del partido político “no estuviese ajustada a las normas legales”, no se comprende la razón de ser de esta norma del artículo 29 de la Ley, ya que las actividades que de manera sistemática tiendan contra el orden constitucional, constituyen actividades “no ajustadas a las normas legales” y, por tanto, los partidos que las desarrollen, quedan sujetos a cancelación. Esta disposición parece estar destinada, sin embargo, a la “institucionalización” de un procedimiento utilizado por el Ejecutivo Nacional para lograr la “inhabilitación” de partidos políticos por parte del Tribunal Supremo de Justicia. El caso concreto fue decidido por la antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia de 3 de octubre de 1963, en *G.O.* n° 27.262 de 3-10-63.

947 *Ley Orgánica del Sufragio y la Participación Política*, (*G.O.* n° 5.233 Extra de 28-05-1998).

948 *Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones*, (*G.O.* n° 27.725 de 30-04-1965).

cos ni, en general, las asociaciones con fines políticos tienen el monopolio de la presentación de candidaturas para las elecciones, pues incluso el mismo artículo 67 de la Constitución dispone que tanto los ciudadanos, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos.

Ahora bien, conforme al artículo 130 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política cuya normativa es preconstitucional (1998), las postulaciones de candidatos para las elecciones reguladas en dicha Ley, sólo podrán efectuarse por los partidos políticos constituidos conforme a las previsiones de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, y por los grupos de electores. Estos son “agrupaciones de ciudadanos con derecho al voto, constituidos para realizar postulaciones en determinadas elecciones”. Estos grupos de electores pueden ser nacionales, regionales y municipales y deben ser autorizados conforme al procedimiento de inscripción que ha determinado el Consejo Nacional Electoral en el Reglamento General de Elecciones (Art. 132).

En todo caso, para constituir un grupo de electores, la solicitud respectiva debe estar suscrita por un número no menor de cinco ciudadanos inscritos en el Registro Electoral, los cuales deben acompañar las manifestaciones de voluntad de postular, firmadas por un número de electores inscritos en dicho Registro, equivalente a cinco milésimas de los electores de la circunscripción de que se trate (Art. 132).

XV. ÓRGANO DEL ESTADO ENCARGADO DE LLEVAR EL CONTROL DE LAS ORGANIZACIONES POLÍTICAS: EL PODER ELECTORAL

La Constitución de 1999, avanzando en la tradicional separación tripartita del Poder Público entre Legislativo, Ejecutivo y Judicial, estableció en su artículo 136, una separación penta-partita del Poder Público, al disponer que “El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral”.

Se creó así el Poder Electoral cuyo ejercicio se atribuyó al Consejo Nacional Electoral como ente rector; teniendo como organismos subordinados a éste, la Junta Electoral Nacional, la Comisión de Registro Civil y Electoral y la Comisión de Participación Política y Financiamiento, con la organización y el funcionamiento que establezca la ley orgánica respectiva (Art. 292)⁹⁴⁹.

1. Atribuciones

De acuerdo con el artículo 293 de la Constitución, el Poder Electoral tiene por funciones:

1. Reglamentar las leyes electorales y resolver las dudas y vacíos que éstas susciten o contengan.
2. Formular su presupuesto, el cual tramitará directamente ante la Asamblea Nacional y administrará autónomamente.

949 *Ley Orgánica del Poder Electoral*, G.O. n° 37.573 de 19-11-2002.

3. Dictar directivas vinculantes en materia de financiamiento y publicidad político electoral y aplicar sanciones cuando no sean acatadas.
4. Declarar la nulidad total o parcial de las elecciones.
5. La organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos, así como de los referendos.
6. Organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley. Asimismo, podrán organizar procesos electorales de otras organizaciones de la sociedad civil a solicitud de éstas, o por orden de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. Las corporaciones, entidades y organizaciones aquí referidas cubrirán los costos de sus procesos eleccionarios.
7. Mantener, organizar, dirigir y supervisar el Registro Civil y Electoral.
8. Organizar la inscripción y registro de las organizaciones con fines políticos y velar porque éstas cumplan las disposiciones sobre su régimen establecidas en la Constitución y en la ley. En especial, decidirá sobre las solicitudes de constitución, renovación y cancelación de organizaciones con fines políticos, la determinación de sus autoridades legítimas y sus denominaciones provisionales, colores y símbolos.
9. Controlar, regular e investigar los fondos de financiamiento de las organizaciones con fines políticos.

2 Designación

De acuerdo con el artículo 295 de la Constitución, los integrantes del Consejo Nacional Electoral deben ser designados por la Asamblea Nacional con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes. Sin embargo, la amplia discrecionalidad que antes tenía la Asamblea Nacional para hacer las designaciones fue específicamente limitada en la Constitución, en dos sentidos:

En primer lugar, al establecerse un Comité de Postulaciones Electorales de candidatos o candidatas a integrantes del Consejo Nacional Electoral el cual dice la Constitución “estará integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la ley”. La Ley del Poder Electoral, sin embargo, ha establecido un Comité de Postulaciones integrado por una mayoría de Diputados a la Asamblea Nacional (arts. 17 y ss) apartándose así de lo dispuesto en la Constitución que refiere a un Comité integrado exclusivamente por representantes de diversos sectores de la sociedad.

En segundo lugar, la Constitución también ha limitado la discrecionalidad de la Asamblea Nacional, al disponer directamente (Art. 296) cómo ha de estar integrado el Consejo Nacional Electoral: por cinco personas no vinculadas a organizaciones con fines políticos; tres de ellas serán postuladas por la sociedad civil, una por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de las Universidades Nacionales y una por el Poder Ciudadano. Los integrantes postulados por la sociedad civil deben tener seis suplentes, y cada designado por las universidades y el Poder Ciudadano deben tener dos suplentes, respectivamente.

En cuanto a la Junta Nacional Electoral, la Comisión de Registro Civil y Electoral y la Comisión de Participación Política y Financiamiento, dichos órganos deben ser presididos, cada uno, por integrante postulados por la sociedad civil.

Los integrantes del Consejo Nacional Electoral duran siete años en sus funciones y deben ser elegidos por separado: los tres postulados por la sociedad civil al inicio de cada período de la Asamblea Nacional, y los otros dos a la mitad del mismo.

La designación de los rectores miembros del Consejo Nacional Electoral debe hacerse con el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional (Art. 296 Constitución). En 2003, ante la imposibilidad política debido a la polarización extrema del país, la omisión de la Asamblea Nacional en designar a los miembros del Consejo Nacional Electoral condujo a que la sala Constitucional, al decidir un recurso por inconstitucionalidad por abstención, designara a dichos miembros del Poder Electoral (sentencia n° 2341 de 25-08-2003, Caso: *Hermán Escarrá M. y otros*).

3. Independencia, autonomía y despartidización

De acuerdo con el artículo 293 de la Constitución, los órganos del Poder Electoral deben garantizar la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales, así como la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional; a cuyo efecto, conforme al artículo 294 del mismo texto, se rigen por los principios de independencia orgánica, autonomía funcional y presupuestaria, despartidización de los organismos electorales, imparcialidad y participación ciudadana; descentralización de la administración electoral, transparencia y celeridad del acto de votación y escrutinios.

En cuanto a la independencia, sin embargo, la propia Constitución estableció el germen de su debilitamiento al permitir que “los integrantes del Consejo Nacional Electoral serán removidos por la Asamblea Nacional, previo pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia” (art. 296). Con ello, se abrió la posibilidad del control político sobre el órgano electoral, aún cuando la Ley Orgánica del Poder Electoral haya previsto (art. 32) sólo dos causales de remoción: “1. Quedar sujeto a interdicción o inhabilitación política; 2. Adscribirse directa o indirectamente a organizaciones con fines políticos”. Esto reafirma, por otra parte, el principio de la despartidización del Poder Electoral.

En efecto, la Constitución de 1999, se redactó con una marcada tendencia anti-partidos, no sólo al desaparecer de su texto la misma expresión “partido político”, sino entre otras previsiones, al expresamente la “despartidización” de los organismos electorales, en contraste con la regulación anterior, conforme a la cual la mayoría de los integrantes del Consejo Nacional Electoral, eran designados por el anterior Congreso de representantes postulados por los partidos políticos. Sobre el sentido de la despartidización, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado:

También es preciso indicar que la aludida participación no colide, en criterio de esta Sala, con el principio de despartidización de los organismos electorales, contemplado en el 294 de la Constitución, el cual evidencia la clara voluntad constituyente de excluir de los órganos del Poder Electoral a los partidos políticos, en el sentido de no permitir una intermediación orgánica con esos órganos que comporte el ejercicio de poderes jurídicos o fácticos por los partidos, tal como aparecía consagrado en el artículo 113 de la Constitución de 1961, que establecía la integración de los órganos electorales, condicionándola exclusivamente a que ninguno ellos tuviera

preeminencia en su conformación. De allí pues, que resulte armonizable el principio de despartidización de los organismos electorales, con el principio de participación en los mismos contemplado en el citado artículo 70 constitucional, entendida ésta únicamente como facultad de vigilancia sobre los actos fundamentales del proceso electoral (postulación, admisión de candidatos, cronograma, votaciones, escrutinios, proclamación y cualquier otro que considere como tal el Consejo Nacional Electoral). Por tanto, corresponde al máximo órgano electoral establecer esos actos, y las modalidades de participación de los partidos políticos en cada uno de ellos (asistencia a reuniones del Cuerpo, asistencia a comisiones técnicas, etc., siempre con facultad para formular observaciones que deberán ser recogidas en las actas correspondientes), bien mediante un acto particular o general, pudiendo darle a esas modalidades de participación la denominación que considere más conveniente. En todo caso lo que debe destacar esta Sala es que la armonización de los principios constitucionales antes mencionados en la organización y funcionamiento de los organismos electorales tiene como finalidad esencial garantizar la participación, en los términos antes indicados, de las organizaciones con fines políticos, así como de los otros actores de los procesos electorales, verbigracia los ciudadanos que participen en los mismos por iniciativa propia⁹⁵⁰.

La Ley Orgánica del Poder Electoral, sin embargo, reguló una forma de participación de los partidos políticos mediante la designación de representantes ante uno de sus Consejos. A tal efecto, el artículo 35 dispone que el Consejo Nacional Electoral debe convocar al inicio de cada período de la Asamblea Nacional, a las cuatro (4) organizaciones con fines políticos con mayor votación por lista en la última elección a la Asamblea Nacional, para que designen un representante ante el Consejo de Participación Política. Las demás organizaciones con fines políticos que no estuvieren dentro de las cuatro (4) organizaciones con fines políticos anteriormente nombradas, designarán a un representante. La designación, así como la remoción de la o el representante y su sustitución, es potestad de cada una de las organizaciones con fines políticos.

4. El control específico sobre los partidos políticos

El artículo 33 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, atribuye además al Consejo Nacional Electoral en, relación con los partidos políticos, la siguiente competencia:

1. Organizar, administrar, supervisar y vigilar los actos relativos a los procesos electorales, de referendo y los comicios para elegir funcionarias o funcionarios cuyo mandato haya sido revocado, en el ámbito nacional, regional, municipal y parroquial.
2. Organizar las elecciones de sindicatos, respetado su autonomía e independencia, con observancia de los tratados internacionales suscritos por la República Bolivariana de Venezuela sobre la materia, suministrándoles el apoyo técnico y logístico correspondiente. Igualmente las elecciones de gremios profesionales, y organizaciones con fines políticos; y de la sociedad civil; en este último caso, cuando así lo soliciten o cuando se ordene por sentencia definitivamente firme de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

⁹⁵⁰ Sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia n° 10 de25-02-2000 Caso: *Apertura a la Participación Ciudadana (APERTURA) y otros vs. Consejo Nacional Electoral*.

13. Acreditar ante los organismos electorales subalternos los testigos de las organizaciones con fines políticos, grupo de electores, asociaciones de ciudadanas y ciudadanos y de las candidatas y candidatos que se postulen por iniciativa propia.

21. Garantizar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales, legales y estatutarias referidas a la conformación y democratización del funcionamiento de las organizaciones con fines políticos.

24. Velar por el cumplimiento de las disposiciones del ordenamiento jurídico en relación con el funcionamiento de las campañas electorales de las organizaciones con fines políticos, grupo de electores, agrupación de ciudadanas o ciudadanos y de las personas que se postulen por iniciativa propia.

25. Velar por el cumplimiento de las disposiciones del ordenamiento jurídico en relación con el origen y manejo de los fondos de las organizaciones con fines políticos.

Adicionalmente, conforme a la orientación de la Constitución, el artículo 64 de la Ley Orgánica del Poder Electoral regula a la Comisión de Participación Política y Financiamiento, como el órgano a cuyo cargo está promover la participación ciudadana en los asuntos públicos; de la formación, organización y actualización del registro de inscripciones de organizaciones con fines políticos, velando por el cumplimiento de los principios de democratización. Esta Comisión es además la que controla, regula e investiga los fondos de las agrupaciones con fines políticos y el financiamiento de las campañas electorales de los mismos, de los grupos de electores, de las asociaciones de los ciudadanos y de los ciudadanos que se postulen a cargos de elección popular por iniciativa propia.

El artículo 66 de la Ley le atribuye a la Comisión de Participación Política y Financiamiento las siguientes funciones:

1. Organizar la inscripción y registro de las organizaciones con fines políticos, de los grupos de electoras y electores, de las asociaciones de las ciudadanas y los ciudadanos, y vigilar porque éstas cumplan las disposiciones constitucionales y legales sobre su régimen de democratización, organización y dirección.

2. Crear los mecanismos que propicien la participación de las ciudadanas y ciudadanos, en los procesos electorales, referendos y otras consultas populares.

3. Vigilar por el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales en relación con los fondos y el financiamiento de las campañas electorales de las organizaciones con fines políticos, grupos de electores, asociaciones de ciudadanas o ciudadanos, y de las candidatas o los candidatos por iniciativa propia.

4. Investigar el origen y destino de los recursos económicos utilizados en las campañas electorales de las organizaciones con fines políticos, grupo de electores, asociaciones de ciudadanas o ciudadanos y de las candidatas o candidatos postuladas o postulados por iniciativa propia, de conformidad con lo establecido en la ley.

XVI. AFILIACIÓN A ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

La afiliación de los partidos políticos a organizaciones internacionales no está regulada en la ley. Por tanto, al no estar prohibidas, es posible que los partidos políticos y demás asociaciones con fines políticos se puedan afiliarse a organizaciones internacionales.

XVII. EVALUACIÓN

¿Cómo ha repercutido la legislación comentada en los partidos políticos y dentro de la organización política en general? ¿Dentro del desarrollo democrático?. Consecuencias prácticas.

Las regulaciones sobre los partidos políticos antes analizadas, si bien atrasadas para los cambios operados en el mundo democrático desde 1964, han contribuido decididamente, por su carácter liberal, al desarrollo de los mismos, a la promoción de la participación política y al desarrollo democrático.

XVIII. REFORMAS PLANTEADAS EN LA ACTUALIDAD Y TENDENCIA

En la actualidad, ante todo se impone la reforma de todas las leyes preconstitucionales para adaptarlas a las nuevas regulaciones de la Constitución de 1999. Después de su entrada en vigencia, sólo se ha dictado la Ley Orgánica del Poder Electoral. Están por ser reformadas, por tanto, la Ley de Partidos Políticos, Manifestaciones y Reuniones Públicas (1964) y la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (última reforma 1998).

Otra de las reformas legislativas necesarias, por ejemplo, es la que se refiere a los derechos de representatividad y participación política que la Constitución establece a favor de los pueblos indígenas, de manera de desarrollar lo previsto en los artículos 125 y 186 de la Constitución.

CAPÍTULO VII
SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

§15. ASPECTOS DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL PERÚ Y VENEZUELA*

(Lima, Perú, julio 2006)

Nadie en América Latina le ha dado tanto impulso al estudio de la justicia constitucional o en la terminología que él ha impuesto, del derecho procesal constitucional, como lo ha hecho, sistemáticamente y con maestría, mi muy apreciado amigo el profesor Domingo García Belaúnde. No sólo sus múltiples y excelentes obras así lo atestiguan, como también lo refleja su infatigable espíritu de convocatoria para tareas académicas, sino que de ello da fe su decisiva contribución a la elaboración del *Código Procesal Constitucional* del Perú, de mayo de 2004, el cual sin duda, servirá de modelo legislativo para muchos de nuestros países.

Por ello, como contribución a la *Obra Homenaje* que se le ofrece, y a la cual me siento muy honrado de poder contribuir, con gusto he preparado el siguiente comentario comparativo entre la acción de inconstitucionalidad regulada en el Código Procesal Constitucional del Perú, y su equivalente regulada en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, del cual se evidencian más semejanzas que diferencias entre los sistemas de control de constitucionalidad de nuestros países.

I. EL CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y DEMÁS ACTOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS EN UN SISTEMA MIXTO E INTEGRAL: PERÚ Y VENEZUELA

En efecto, el sistema de justicia constitucional en Venezuela, al igual que en el Perú, puede considerarse que es de carácter mixto o integral, pues combina el denominado método difuso de control de la constitucionalidad de las leyes, como poder-deber que tienen todos los jueces al decidir casos concretos, de desaplicar leyes que consideren contrarias a la Constitución aplicando preferentemente el texto fundamental; con el denominado método concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos de rango y valor de las mismas, ejercido exclusivamente y con poderes anulatorios por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia⁹⁵¹.

* Estudio elaborado para el Libro Homenaje a Domingo García Belaúnde, *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde* (José F. Palomino Manchego (Coordinador), Lima 2006, Tomo II, pp. 761 a 774.

⁹⁵¹ V. Allan R. Brewer-Carías, *El sistema mixto e integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Universidad Externado De Colombia, Bogotá 1995; *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000; *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989.

Adicionalmente, en ambos países, también se establece el control de constitucionalidad respecto de los actos administrativos normativos (de rango sublegal), atribuyéndose su conocimiento a otros órganos judiciales: en Venezuela, a los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, según el acto administrativo impugnado (nacional, estatal o municipal); y en el Perú, a las Salas correspondientes de la Corte Superior del Distrito respectivo o de la Corte Superior de Lima.

En ambos casos, en Venezuela, la acción para poner en movimiento el control de constitucionalidad de ambos tipos de actos estatales, es una acción popular, regulada en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de mayo de 2004⁹⁵²; en cambio en el Perú, la legitimación para poner en movimiento el control de constitucionalidad varía, siendo una acción popular sólo cuando se impugnan actos administrativos normativos, conforme al Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) (CPC), también de mayo de 2004.

El método de control concentrado de la constitucionalidad en ambos países, por tanto, tiene dos vertientes:

En Venezuela las dos vertientes están atribuidas a dos Jurisdicciones precisamente definidas: la Jurisdicción Constitucional que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que corresponde además de a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, a otros tribunales de la misma. Esas dos vertientes, son:

1) Por una parte, el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y de otros actos estatales de rango legal o de valor similar a las leyes, el cual se atribuye sólo y exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual se ha configurado definitivamente en la Constitución de 1999 como una Jurisdicción Constitucional (arts. 266,1; 334 y 336 de la Constitución). Una de las novedades de la Constitución de 1999 fue, precisamente, la creación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (art. 262), a la cual ahora se le ha atribuido la Jurisdicción Constitucional (art. 266,1), consistente en la potestad anulatoria de las leyes y demás actos de igual rango y jerarquía o dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

2) Por la otra, el control concentrado de la constitucionalidad (e ilegalidad) de los reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales (normativos), y por tanto de rango sublegal, el cual se atribuye a los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 259, 266,5 de la Constitución), formados por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, por las Cortes de lo Contencioso Administrativo y los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo.

En cuanto al método de control concentrado de la constitucionalidad en el Perú, las dos vertientes también están atribuidas a dos Jurisdicciones precisamente definidas: la Jurisdicción Constitucional que corresponde al Tribunal Constitucional; y a la jurisdicción que ejercen las salas correspondientes de las Cortes Superiores de Distrito Judicial y de la Corte Superior de Lima. Esas dos vertientes, son:

1) Por una parte, el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y de otros actos estatales de rango legal el cual se atribuye sólo y exclusivamente al Tri-

⁹⁵² *Gaceta Oficial* n° 37.942 de 19-05-2004. *V.* en general Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004.

bunal Constitucional, configurado como Jurisdicción Constitucional (Arts. 201 de la Constitución y art. 77 CPC).

2) Por la otra, el control concentrado de la constitucionalidad de los reglamentos, normas administrativas y en general de toda norma jurídica de rango inferior a la ley, el cual se atribuye a la Sala correspondiente tanto de la Corte Superior del Distrito Judicial respectivo o de la Corte Superior de Lima (Art. 85 CPC).

En consecuencia, el control de la constitucionalidad de los actos estatales se ejerce en ambos países, tanto respecto de las leyes y demás actos de rango legal; como respecto de los actos normativos de rango sublegal (actos administrativos normativos).

II. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y DEMÁS ACTOS ESTATALES DE RANGO LEGAL

El primer proceso constitucional que se desarrolla ante la Jurisdicción Constitucional, y que ha sido históricamente el que ha caracterizado los sistemas de ambos países, es el que tiene por objeto que la Jurisdicción Constitucional juzgue con poderes anulatorios, la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales (nacionales, estatales -regionales- o municipales) de igual rango o valor que las leyes. La diferencia fundamental entre los sistemas de ambos países, sin embargo, está en la legitimación para accionar: en el caso de Venezuela, se trata de una acción popular de inconstitucionalidad, que por tanto, se puede ser intentada por cualquier persona⁹⁵³; en cambio, en el Perú, la legitimación para accionar corresponde solo a ciertos funcionarios (art. 203 de la Constitución).

1. El objeto del control de constitucionalidad

En efecto, de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución venezolana, y conforme a una tradición que se remonta a 1858⁹⁵⁴, corresponde a la Sala Constitucional conocer de los procesos de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos de valor o rango de ley, al disponer que le “corresponde exclusivamente... como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley”.

En esta forma, el artículo 336 de la Constitución, atribuye específicamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, como Jurisdicción Constitucional la potestad de ejercer el control concentrado de la constitucionalidad, con poderes anulatorios, de los siguientes actos estatales:

1. Declarar la nulidad total o parcial de las *leyes nacionales* y demás actos con *rango de ley* de la Asamblea Nacional que colidan con esta Constitución.

953 V. Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional, Tomo VI, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, pp. 137 y ss.

954 *Idem*, pp. 131 y ss.

2. Declarar la nulidad total o parcial de las *Constituciones y leyes estatales*, de las *ordenanzas municipales* y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en *ejecución directa e inmediata* de la Constitución y que colidan con ésta.

3. Declarar la nulidad total o parcial de los *actos con rango de ley* dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con esta Constitución.

4. Declarar la nulidad total o parcial de los *actos en ejecución directa e inmediata* de la Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público.

El artículo 5º, párrafo 1º, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 ha precisado estas atribuciones de la Sala Constitucional, al atribuirle poderes para:

6. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad. La sentencia que declare la nulidad total o parcial deberá publicarse en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, determinando expresamente sus efectos en el tiempo;

7. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados, Municipios y del Distrito Capital, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que colidan con ella, mediante el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad. La sentencia que declare la nulidad total o parcial deberá publicarse en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y en la Gaceta Oficial Estatal o Municipal que corresponda, determinando expresamente sus efectos en el tiempo;

8. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad. La sentencia que declare la nulidad total o parcial deberá publicarse en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela;

9. Declarar la nulidad total o parcial de los actos dictados por cualquier órgano en ejercicio del Poder Público, en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando colidan con ésta y que no sean reputables como actos de rango legal.

Por tanto, el control de constitucionalidad en Venezuela procede incluso contra las leyes aprobatorias de tratados⁹⁵⁵.

En el Perú, conforme al artículo 77 del CPC, el Tribunal Constitucional tiene competencia para anular los siguientes actos estatales:

Artículo 77.- Procedencia de la demanda de inconstitucionalidad. La demanda de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56 y 57 de la Constitución, Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales.

955 V. Allan R. Brewer-Carías, "El control de la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de Tratados Internacionales y la cuestión constitucional de la integración latinoamericana", *Revista de Derecho Público*, n° 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, pp. 225 a 229.

2. El contraste respecto de la legitimación para accionar en los sistemas peruano y venezolano

En el Perú, la legitimación activa para intentar la acción de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos de rango legal, corresponde exclusivamente a determinados órganos y sujetos; en cambio, la acción de inconstitucionalidad contra las leyes en Venezuela, es una acción popular.

En efecto, en el Perú es el artículo 203 de la Constitución la que restringe el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad a los siguientes órganos, funcionarios o sujetos:

Artículo 203°. Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:

1. El Presidente de la República;
2. El Fiscal de la Nación;
3. El Defensor del Pueblo;
4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas;
5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado.
6. Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia.
7. Los colegios profesionales en materias de su especialidad.

En cambio, en Venezuela, la acción de inconstitucionalidad es una acción popular (*actio popularis*), siendo este el aspecto más importante comparativamente hablando del sistema. Por ello, el artículo 21, párrafo 9° de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece que la legitimación activa para ejercer la acción de inconstitucionalidad, corresponde a:

Toda persona natural o jurídica, que sea afectada en sus derechos o intereses por una ley, reglamento, ordenanza ... emanado de alguno de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal.

Conforme a esta norma, por tanto, todo habitante de la República con capacidad jurídica puede intentar la acción de inconstitucionalidad contra las leyes, sin distingo alguno, sean emanadas de la Asamblea Nacional, de los Consejos Legislativos de los Estados de la federación o de los Concejos Municipales (Ordenanzas). La Ley Orgánica acoge, por tanto, la doctrina de la acción popular en cuanto a que legitima para intentar el recurso no sólo a los ciudadanos sino a “toda persona natural o jurídica”,⁹⁵⁶.

Ahora bien en cuanto a la popularidad de la acción debe clarificarse el sentido de la regulación de la Ley Orgánica, cuando exige que el acto impugnado en alguna forma afecte los “derechos o intereses” del recurrente⁹⁵⁷. Esta precisión del artículo

956 V. Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional, Tomo VI, Instituciones Políticas y Constitucionales*, op. cit., pp. 144 y ss.

957 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Las garantías constitucionales de los derechos del hombre*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1976, p. 53.

21, párrafo 9º de la Ley Orgánica (equivalente al artículo 112 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976) podría considerarse que conduce en cierta forma a una reducción de la popularidad de la acción, a límites razonables, al exigirse que la lesión de los derechos o intereses del recurrente. En todo caso se trata de un simple interés, aun cuando específico.

Por ejemplo, si se tratase de una ley de un Estado de la federación venezolana, se podría exigir que el recurrente sea residente de dicho Estado o tenga bienes o intereses en el mismo, de manera que la ley impugnada pueda llegar a lesionar los intereses del recurrente, y éste pueda tener un simple interés en la constitucionalidad de la ley. Si por ejemplo, se trata de la impugnación de una Ordenanza Municipal se podría exigir, al menos, que el recurrente fuera residente del Municipio respectivo o, por ejemplo, tuviera bienes en él, de manera que sus derechos o su simple interés pudieran ser lesionados. En estos casos, por supuesto, no se perdería el carácter popular de la acción.

Si se tratase de una ley nacional, en cambio, cualquier habitante del país con capacidad jurídica podría impugnar la ley pues su interés simple en la constitucionalidad estaría lesionado por la ley inconstitucional. Sin embargo, aún en estos casos, algunas precisiones a la legitimación activa podrían surgir: si se tratase, por ejemplo, de la impugnación de una ley que estableciera una discriminación respecto a las mujeres, violatoria de la Constitución por discriminatoria, la acción, en principio, debería ser intentada por una mujer⁹⁵⁸. La Ley Orgánica, sin quitarle la popularidad de la acción, puede considerarse que la precisa al grado de que exista una lesión potencial al interés del recurrente, por su residencia, por su condición o por la situación de sus bienes.

En este sentido, la antigua Corte Suprema de Justicia en Corte Plena, con motivo de la impugnación por vía de acción popular del Código Orgánico Tributario, había apreciado la legitimación del accionante en su condición de contribuyente, así:

Tal como se alega en la demanda, la accionante -persona jurídica constituida- aparece con el interés legítimo que exige el artículo 112 de la Ley de la Corte para demandar la nulidad de disposiciones del Código Orgánico Tributario que es un acto legislativo de efectos generales, por cuanto es contribuyente de impuesto sobre la renta que solicitó reintegro, y por eso le conciernen las normas del Código Orgánico Tributario, en especial las que son objeto de la nulidad demandada en este caso⁹⁵⁹.

En todo caso, las dudas acerca de la extensión de la restricción a la popularidad de la acción⁹⁶⁰ fueron dilucidadas por la antigua Corte Suprema de Justicia, la cual había considerado que la exigencia del artículo 112 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (que se recoge en la Ley de 2004) en el sentido de que la ley impugnada afecte los derechos e intereses del accionante, no significa que la

958 V. en contrario, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena de anulación del art. 970 del Código de Comercio, en *Jurisprudencia de Ramírez y Garay*, 1er. semestre, 1964, p. 599, cit., por Humberto J. La Roche, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad en Venezuela y Estados Unidos*, Maracaibo, 1972, p. 100.

959 V. la sentencia de 15-10-85 en *Revista de Derecho Público*, n° 25, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986, p. 110.

960 V. L. H. Fariás Mata, "¿Eliminada la Acción Popular del Derecho Positivo Venezolano?", en *Revista de Derecho Público*, n° 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 5-18.

acción popular se hubiera eliminado, ni que se hubiese establecido una especial exigencia de legitimación activa para solicitar de la Corte Suprema el ejercicio del control de la constitucionalidad. El objetivo de la acción popular, dijo la Corte, es la “defensa objetiva de la majestad de la Constitución y de su supremacía”, y si es cierto que la Ley Orgánica de la Corte Suprema requiere que el accionante sea afectado “en sus derechos e intereses”, esta expresión debe interpretarse en forma “rigurosamente restrictiva”⁹⁶¹. Con base en ello, la antigua Corte Suprema de Justicia, llegó a la conclusión de que:

Cuando una persona ejerce el recurso de inconstitucionalidad en los términos del artículo 112 de su ley [art. 21, párrafo 9, Ley de 2004]), *debe presumirse*, al menos relativamente, que el acto recurrido en alguna forma afecta los derechos o intereses del recurrente en su condición de ciudadano venezolano, salvo que del contexto del recurso aparezca manifiestamente lo contrario, o que el mismo fuere declarado inadmisibile conforme al artículo 115 de la ley de la Corte⁹⁶².

Más recientemente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia n° 1077 de 22-08-01, ha puntualizado sobre la legitimación activa en la acción popular, lo siguiente:

Por otra parte, existe en nuestro ordenamiento la acción popular de inconstitucionalidad, donde cualquier persona capaz procesalmente tiene interés procesal y jurídico para proponerla, sin necesidad de un hecho histórico concreto que lesione la esfera jurídica privada del accionante. Es el actor un tutor de la constitucionalidad y esa tutela le da el interés para actuar, haya sufrido o no un daño proveniente de la inconstitucionalidad de una ley. Este tipo de acciones populares es excepcional⁹⁶³.

El artículo 21, párrafo 9° de la Ley Orgánica dispone, además, que el Fiscal General de la República y demás funcionarios a quienes las leyes les atribuyen tal facultad, también pueden “solicitar la nulidad del acto, cuando éste afecte un interés general”. En el caso del Defensor del Pueblo, conforme al artículo 281,3 de la Constitución, tiene competencia para interponer acciones de inconstitucionalidad.

3. Lineamientos generales sobre el proceso de constitucionalidad

Debe señalarse que dada la naturaleza histórica de la acción popular de inconstitucionalidad, hasta la ley de 2004, el procedimiento seguido con ocasión de su ejercicio, no respondía a las reglas de un verdadero proceso, como en cambio ha sido la tradición en el Perú, consolidada ahora con el Código procesal Constitucional.

En contraste, en Venezuela, ha sido la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, la cual en materia de control de la constitucionalidad de las leyes, ha establecido la innovación sustancial de regular un verdadero proceso, al disponer

961 Sentencia de la Corte en Pleno de 30-06-82, en *Revista de Derecho Público*, n° 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, p. 138.

962 *Idem*. De acuerdo con este criterio, por tanto, como lo ha dicho la Corte Suprema en Sala Plena, la acción popular en definitiva “puede ser ejercida por cualquier ciudadano plenamente capaz”. Sentencia de 19-11-85, en *Revista de Derecho Público*, n° 25, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986, p. 131.

963 Caso: *Servio Tulio León Briceño*, Sentencia n° 1077 de la Sala Constitucional de 22-09-00. *V. en Revista de Derecho Público*, n° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 247 y ss.

que la acción popular constituye una “demanda” y prescribir la necesidad de “citar” a quienes se considera como demandados.

En cuanto a la demanda, el artículo 21, párrafo 10° de la Ley Orgánica dispone que en la misma se debe indicar con toda precisión la ley o acto impugnado, las disposiciones constitucionales o legales cuya violación se denuncie y las razones de hecho y de derecho en que se funde la acción. Si la nulidad se concreta a determinados artículos, a ellos se debe hacer mención expresa en la solicitud, indicándose respecto de cada uno la motivación pertinente. A la demanda se debe acompañar un ejemplar o copia del acto impugnado, el instrumento que acredite el carácter con que actúe el demandante, si no lo hace en nombre propio, y cualesquiera otros documentos que considere necesarios para hacer valer sus derechos.

El Juzgado de Sustanciación de la Sala Constitucional (art. 19, párrafo 5° LOTSJ), tal como lo dispone en el artículo 21, párrafo 12° de la Ley Orgánica, en el auto de admisión debe ordenar “la citación del representante del organismo o del funcionario que haya dictado el acto”; y debe ordenar “la citación de los interesados, por medio de carteles que se publicarán en un diario de circulación nacional, para que se den por citados, en un lapso de 10 días hábiles siguientes: contados a partir de la publicación del cartel o de la notificación del último de los interesados”. El recurrente está obligado a consignar un ejemplar del periódico donde fue publicado el cartel, dentro de los 3 días siguientes a su publicación, de manera que el incumplimiento de esta obligación se entiende que desiste del recurso, y se debe ordenar el archivo del expediente.

En el auto de admisión de la demanda también debe citarse al Fiscal General de la República, si éste no hubiere iniciado el juicio, quien debe consignar un informe hasta el vencimiento del plazo para presentar los informes; y al Procurador General de la República en el caso de que la intervención de éste en el procedimiento fuere requerida por estar en juego los intereses patrimoniales de la República.

Durante el lapso de comparecencia de los interesados para hacerse parte en el juicio, también alegando un simple interés en la constitucionalidad, es decir, con el mismo carácter popular de la acción, pueden comparecer interesados dándose por citados con el carácter de coadyuvantes del demandante o como demandados, defensores de la constitucionalidad de la ley. Es decir, en el proceso constitucional de la constitucionalidad de las leyes, una vez intentada y admitida una acción popular, cualquier persona que pueda ser lesionada en sus derechos e intereses puede coadyuvar en la impugnación o en la defensa del acto recurrido, siempre que reúna las mismas condiciones del demandante⁹⁶⁴.

964 Tal como lo precisaba la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 en su artículo 137: “Sólo podrán hacerse parte en los procedimientos a que se refieren las secciones Segunda y Tercera de este Capítulo, las personas que reúnan las mismas condiciones exigidas para el accionante o recurrente”. Esta norma desapareció en la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004.

III. LA ACCIÓN POPULAR DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS REGLAMENTOS Y DEMÁS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE EFECTOS GENERALES (NORMATIVOS)

En materia de control de constitucionalidad de los actos administrativos normativos (reglamentos y demás disposiciones administrativas de efectos generales), tanto en Venezuela como en el Perú se establece la acción popular, la cual por tanto puede ejercerse por cualquier persona, tal y como lo dispone el artículo 84 del Código Procesal Constitucional del Perú.

En el mismo sentido, el artículo 21, párrafo 9º de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia venezolana, dispone al iniciar la regulación de los juicios de nulidad contra los actos administrativos, que:

Toda persona natural o jurídica, que sea afectada en sus derechos o intereses por un ... acto administrativo de efectos generales emanado de alguno de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal ... puede demandar la nulidad del mismo ante el Tribunal Supremo de Justicia, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad”.

El régimen de la acción popular contra los reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales, en Venezuela, es exactamente el mismo que el antes indicado para la impugnación de las leyes y demás actos de rango legal⁹⁶⁵.

IV. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Tanto en el Perú como en Venezuela, los poderes de control de constitucionalidad que ejercen tanto la Jurisdicción Constitucional (Tribunal Constitucional en el Perú y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela) respecto de las leyes y demás de acto de rango legal, así como los otros tribunales competentes para conocer de la inconstitucionalidad de los reglamentos y demás actos administrativos normativos (Jurisdicción Contencioso Administrativa en Venezuela y Cortes Superiores Distritales y de Lima en el Perú), son de carácter anulatorios, con efectos generales, es decir, *erga omnes*.

En ambos sistemas, por otra parte, se sigue la racionalidad de las consecuencias anulatorias, al tener la decisión judicial efectos prospectivos *ex nunc o pro futuro*, es decir, que no se remontan al momento de la promulgación de la ley considerada inconstitucional. Por lo tanto, los efectos producidos hasta el momento de la anulación de la ley en principio, se consideran válidos. En consecuencia, la ley declarada inconstitucional por un juez constitucional en el sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, también en principio, debe considerarse como un acto válido que ha producido efectos completos hasta su anulación por la el Tribunal. Esta racionalidad del principio anulatorio, sin embargo, admite algunas excepciones.

965 V. Allan R. Brewer-Carías, *La justicia contencioso-administrativa, Tomo VII, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1997.

En efecto, en el Perú, el artículo 81 del Código Procesal Constitucional resuelve las distintas situaciones en la materia al disponer respecto de los “efectos de las sentencias fundadas” recaídas en el proceso de inconstitucionalidad que dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian; que las mismas “tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos”. Es decir, el principio general es el antes mencionado de los efectos constitutivos, *pro futuro* de las sentencias. A tal efecto, deben publicarse íntegramente en el *Diario Oficial El Peruano* y producen sus efectos desde el día siguiente de su publicación.

Sin embargo, en materia de declaración de inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, el Código dispone que el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia, “los efectos de su decisión en el tiempo”, con lo cual se admite la posibilidad de otorgarle a la sentencia efectos *pro praeterito*. Por ello el Código autoriza al tribunal a resolver lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras la ley estuvo en vigencia.

En el caso de las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular respecto de reglamentos y demás actos administrativos normativos, el tribunal está autorizado por el mismo artículo 81 del Código para determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas; a cuyo efecto, la sentencia debe determinar sus alcances en el tiempo. Por supuesto, también tienen efectos generales y se deben publicar en el *Diario Oficial El Peruano*.

En Venezuela, si bien la racionalidad del sistema anulatorio en la práctica jurisprudencial sigue las mismas líneas generales antes indicadas, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia se limita a indicar que en los casos de anulación de actos estatales por inconstitucionalidad, la sentencia debe determinar expresamente sus efectos en el tiempo (arts. 5, párrafo 1, ordinales 6 y 7 y artículo 21, párrafo 18). Estos, por tanto, si bien en principio son *ex nunc, pro futuro*, de acuerdo con lo que se resuelva en el caso concreto, pueden tener efectos *pro praeterito* es decir, retroactivos, *ex tunc*, considerando la norma nula *ab initio*.

§16. EL RECURSO ABSTRACTO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA*

(Bogotá, 2006)

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, como Jurisdicción Constitucional⁹⁶⁶ que es conforme al artículo 334 de la Constitución de 1999⁹⁶⁷, ha venido utilizando sus poderes de interpretación de la Constitución para ampliar sus propias competencias contrariando incluso a veces garantías constitucionales del debido proceso, algunas de las cuales se ha pretendido “legalizar” en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004⁹⁶⁸.

Una de esas nuevas competencias que la Sala Constitucional se ha creado a si misma, ha sido para conocer de los recursos de interpretación abstractos de la Constitución que se pueden ejercer ante ella, sin relación alguna respecto de un caso concreto; tema que pienso hubiera interesado particularmente a mi amigo Louis Favoreu.

Conocí a Louis Favoreu en Caracas, en 1982, cuando asistió al XII Congreso Internacional de Derecho Comparado de la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya, que se celebró en la Universidad Central de Venezuela, el cual me correspondió organizar; pero en realidad, comencé a conocer su obra algunos años después, precisamente cuando iniciaba la preparación del curso sobre *Judicial Review in Comparative Law* que dicté en el Curso de Maestría (L.L.M.) del año académico 1985-1986 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cambridge⁹⁶⁹, UK, con ocasión de lo cual tuve la oportunidad de apreciar su valía académica y sus aportes al estudio de la justicia constitucional europea. Tuve además el privi-

* Estudio relaborado para el *Libro Homenaje a Luis Favoreu*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2006

966 V. Allan R. Brewer-Carías, *El Sistema de Justicia Constitucional en la Constitución de 1999: Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación a veces errada*, en la *Exposición de Motivos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000; “La Justicia Constitucional en la Nueva Constitución” en *Revista de Derecho Constitucional*, n° 1, Septiembre-Diciembre 1999, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 35-44; Allan R. Brewer-Carías, “La justicia constitucional en la Constitución de 1999”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., Editorial Porrúa, México 2001, pp. 931-961; publicado también en *Reflexiones sobre el Constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 255-285; “Instrumentos de justicia constitucional en Venezuela (acción de inconstitucionalidad, controversia constitucional, protección constitucional frente a particulares)”, en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (Coordinadores) *Instrumentos de tutela y justicia constitucional Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n° 99, México 2002, pp. 75-99.

967 V. los comentarios a la Constitución en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, 2 Tomos, Caracas 2004

968 Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos*, Caracas 2004.

969 V. Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989, p. 190; y *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de Derecho Comparado)*, Caracas, 1994.

legio de dar un Seminario en los famosos Cursos y Seminarios anuales sobre la Justicia Constitucional que organizaba en septiembre, en Aix en Provence⁹⁷⁰. Favoreu, además, fue a Caracas en varias oportunidades donde tuvimos también el privilegio de que participara en algunos cursos y seminarios⁹⁷¹.

Escribir por tanto, para uno de los merecidos Libros Homenaje que se han estado preparando en su memoria para recordar sus aportes al constitucionalismo, era para mí una tarea obligada, y nada mejor que exponer para ello uno de los aspectos de lo que ha ocurrido desde 2000 en Venezuela, con el desarrollo de la Jurisdicción Constitucional a través de inconstitucionales interpretaciones dadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela respecto de sus propias competencias. A un cultor de la justicia constitucional como lo fue Favoreu, estoy seguro le hubiera interesado particularmente.

En Venezuela, el principio de la supremacía constitucional está consagrado expresamente en el artículo 7 de la Constitución, y para garantizar esa supremacía y lograr que la Constitución tenga plena efectividad, en el texto mismo de la Constitución se regula todo un sistema de justicia constitucional⁹⁷², mediante la asignación a todos los jueces de la República, en el ámbito de sus respectivas competencias y conforme a lo previsto en la Constitución y en la ley, de la obligación “de asegurar la integridad de la Constitución” (art. 334)⁹⁷³.

En consecuencia, la justicia constitucional, como competencia judicial para velar por la integridad y supremacía de la Constitución, en Venezuela se ejerce por *todos los jueces* mediante el método difuso en cualquier causa o proceso que conozcan, el cual también se consagra en texto expreso constitucional (Art. 334), y no sólo por el Tribunal Supremo de Justicia ni sólo por su Sala Constitucional, y, además, en particular, cuando conozcan de acciones de amparo o de las acciones contencioso administrativas al tener la potestad para anular actos administrativos por contrariedad a la Constitución (como forma de contrariedad al derecho) (art. 259)⁹⁷⁴.

En cuanto al Tribunal Supremo de Justicia, en materia de justicia constitucional, todas sus Salas tienen expresamente como competencia conforme a la Constitución para garantizar “la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales”, correspondiéndoles a todas ser “el máximo y último intérprete de la Constitución” y velar “por su uniforme interpretación y aplicación” (art. 335). No es cierto, por tanto, como se lo ha afirmado la Sala Constitucional, que ésta tenga “el monopolio interpretativo último de la Constitución”⁹⁷⁵. Esta apreciación es completamente

970 V. Allan R. Brewer-Carías, *Études de Droit Public Comparé*, Ediciones Bruylant, Bruselas 2002, pp. 935-1167

971 En particular en las *Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, FUNEDA

972 V. Alejandra León Parada y Guido Garbati Garbati, “Jurisdicción y Supremacía Constitucional”, en *Nuevos estudios de derecho procesal, Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor*, Vol. I, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, n° 8, Caracas, 2002, pp. 745 a 784.

973 V. nuestra propuesta en relación con este artículo en 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, pp. 24 y 34.

974 V. Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Contencioso-Administrativa*, Tomo VII, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, pp. 26 y ss.

975 V. sentencia n° 1374 de 09-11-2000, en *Revista de Derecho Público*, n° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 267.

errada, pues no deriva del texto de la Constitución, de cuyo artículo 335, se deriva, al contrario, que *todas las Salas* ejercen la justicia constitucional conforme a sus respectivas competencias y son el máximo y último intérprete de la Constitución. También lo es la Sala Constitucional, mediante la cual el Tribunal Supremo de Justicia, concentra la Jurisdicción Constitucional (arts. 266, ord. 1º y 336).

Como toda Jurisdicción Constitucional, la Sala Constitucional ejerce el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales de rango legal, conforme a las competencias expresas establecidas en la Constitución. A diferencia del método difuso de control, el método concentrado no puede desarrollarse como consecuencia de alguna labor pretoriana de los jueces en sus decisiones judiciales, sino que tiene que estar previsto *expresses verbis* por normas constitucionales, pues es la Constitución, como ley suprema de un país, el único texto que puede limitar los poderes y deberes generales de los tribunales para decidir la ley aplicable en cada caso; y es la única habilitada para atribuir dichos poderes y deberes en relación con ciertos actos del Estado, a ciertos órganos constitucionales, sea un Tribunal o Corte Suprema de Justicia o una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional.

En Venezuela, como se dijo, ese órgano es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al cual la Constitución le otorga en exclusiva la potestad de anular las leyes y demás actos estatales que tengan rango legal o que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (art. 334), pero sin dejar de atribuir a los jueces en general el método difuso de control de constitucionalidad de las leyes en los casos concretos que decidan (art. 334).

En tal sentido, el artículo 336 de la Constitución atribuye a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como Jurisdicción Constitucional, las siguientes competencias:

1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional que colidan con esta Constitución.
2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella.
3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con esta Constitución.
4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta.
5. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación.
6. Revisar en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República.
7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones* del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.
8. Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál debe prevalecer.

9. Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público.

10. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva.

11. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley.

En estas normas se precisan por tanto, las atribuciones de la Sala Constitucional para controlar con poderes anulatorios la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales de rango legal o dictados ejecución directa de la Constitución; para controlar la constitucionalidad de los tratados y los decretos de estados de excepción; para controlar la inconstitucionalidad de las omisiones del Legislador; para resolver sobre la colisión de leyes y sobre las controversias constitucionales entre órganos del Estado; y para conocer del recurso de revisión de determinadas sentencias dictadas en juicios de amparo o en las cuales los jueces hubieran ejercido el control difuso de la constitucionalidad.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sin embargo, lejos de haber actuado en el marco de las atribuciones expresas constitucionales antes indicadas, ha venido efectuando una inconstitucional interpretación constitucional mediante la cual ha venido asumiendo y se ha auto-atribuido competencias no sólo en materia de interpretación constitucional; sino en relación con los poderes de revisión constitucional de cualquier sentencia dictada por cualquier tribunal, incluso por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia; con los amplísimos poderes de avocamiento en cualquier causa; con los supuestos poderes de actuación de oficio no autorizados en la Constitución; con los poderes de solución de conflictos entre las Salas; con los poderes de control constitucional de las omisiones del Legislador; con la restricción del poder de los jueces de control difuso de la constitucionalidad de las leyes; y con la asunción del monopolio de interpretar los casos de prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En todos estos aspectos, la Sala Constitucional al interpretar la Constitución, ha incurrido en inconstitucionalidad por violar la garantía del debido proceso, habiendo dado lugar a actos viciados de usurpación de funciones. Pero como a la Sala Constitucional, como custodio o guardián de la Constitución, nadie la controla, se ha convertido en una especie de poder constituyente derivado no regulado en el texto constitucional, y sus inconstitucionales interpretaciones de la Constitución han pasado ilegítimamente a formar parte de la propia Constitución. La pregunta de siempre que suscita el poder incontrolado, *Quis custodiet ipsos custodes*, por tanto, aquí adquiere todo su significado, pues no tiene respuesta.

En particular nos referiremos en estas notas a la primera de las interpretaciones inconstitucionales efectuadas por la Sala Constitucional sobre sus competencias, al haber “creado” una acción autónoma de interpretación de la Constitución sin fundamento constitucional alguno.

En efecto, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el artículo 42,24 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia había atribuido competencia a la Sala Política Administrativa de la antigua Corte Suprema para interpretar los “textos legales, en los casos previstos en la Ley”.

En esa misma tradición, la Constitución de 1999 estableció en forma expresa, la competencia del Tribunal Supremo de Justicia, para “conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales”, pero “en los términos contemplados en la ley” (artículo 266,6), atribución que debe ser ejercida “por las diversas Salas conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley” (único aparte, artículo 266). Por ello, el artículo 5, párrafo 1º, de la Ley Orgánica de 2004, atribuye a todas las Salas del Tribunal Supremo, competencia para:

52. Conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la ley, siempre que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso previsto en la ley para dirimir la situación si la hubiere.

Ahora bien, a pesar de que el ordenamiento constitucional y legal venezolano sólo regulaba y regula el recurso de interpretación respecto de textos legales, la Sala Constitucional ha creado jurisprudencialmente su propia competencia para conocer de recursos abstractos y autónomos de interpretación de la Constitución, mediante una inconstitucional interpretación que le ha dado al artículo 335 de la Constitución, que atribuye a todo el Tribunal Supremo y no sólo a la sala Constitucional, el carácter de ser “máximo y último intérprete de la Constitución”

En efecto, la Sala Constitucional en sentencia N° 1077 de 22 de septiembre de 2000, consideró, simplemente, que los ciudadano no requieren “de leyes que contemplen, en particular, el recurso de interpretación constitucional, para interponerlo”⁹⁷⁶, procediendo a “crear” un recurso autónomo de interpretación abstracta de las normas constitucionales no previsto constitucional ni legalmente, basándose para ello en el artículo 26 de la Constitución que consagra el derecho de acceso a la justicia, del cual dedujo que si bien dicha acción no estaba prevista en el ordenamiento jurídico, tampoco estaba prohibida, agregando que, por lo tanto:

No es necesario que existan normas que contemplen expresamente la posibilidad de incoar una acción con la pretensión que por medio de ella se ventila, bastando para ello que exista una situación semejante a las prevenidas en la ley, para la obtención de sentencias declarativas de mera certeza, de condena, o constitutivas. Este es el resultado de la expansión natural de la jurisdicción⁹⁷⁷.

En esta forma, la acción de interpretación de la Constitución, en criterio de la Sala Constitucional, es una acción de igual naturaleza que la de interpretación de la ley⁹⁷⁸, es decir, tiene por objeto obtener una sentencia declarativa de mera certeza sobre el alcance y contenido de las normas constitucionales, que no anula el acto en cuestión, pero que busca en efecto semejante, ya que en estos casos, coincide el interés particular con el interés constitucional; agregando que:

La finalidad de tal acción de interpretación constitucional sería una declaración de certeza sobre los alcances y el contenido de una norma constitucional, y formaría un sector de la par-

976 V. Sentencia n° 1077 de la Sala Constitucional de 22-09-00, caso: *Servio Tulio León Briceño. V.* en *Revista de Derecho Público*, n° 83, Caracas, 2000, pp. 247 y ss. Este criterio fue luego ratificado en sentencias de fecha 09-11-00 (n° 1347), 21-11-00 (n° 1387), y 05-04-01 (n° 457), entre otras.

977 Sentencia n° 1077 de la Sala Constitucional de 22-09-00, caso: *Servio Tulio León Briceño. V.* en *Revista de Derecho Público*, n° 83, Caracas, 2000, pp. 247 y ss.

978 *Idem*

tipicación ciudadana, que podría hacerse incluso como paso previo a la acción de inconstitucionalidad, ya que la interpretación constitucional podría despejar dudas y ambigüedades sobre la supuesta colisión. Se trata de una tutela preventiva⁹⁷⁹.

En cuanto a la legitimidad necesaria para interponer la demanda, la Sala Constitucional ha señalado que el recurrente debe tener un interés particular en el sentido de que:

Como persona pública o privada debe invocar un interés jurídico actual, legítimo, fundado en una situación jurídica concreta y específica en que se encuentra, y que requiere necesariamente de la interpretación de normas constitucionales aplicables a la situación, a fin de que cese la incertidumbre que impide el desarrollo y efectos de dicha situación jurídica.

La Sala precisó además que se “está ante una acción con legitimación restringida, aunque los efectos del fallo sean generales”; por lo que señaló que “puede declarar inadmisibles un recurso de interpretación que no persiga los fines antes mencionados, o que se refiere al supuesto de colisión de leyes con la Constitución, ya que ello origina otra clase de recurso”.

En la antes mencionada sentencia n° 1077 de 22-09-01, la Sala Constitucional reiteró su criterio sobre la legitimación activa para intentar el recurso de interpretación, señalando que el recurrente debe tener un “interés jurídico personal y directo”, de manera que en la demanda se exprese con precisión, como condición de admisibilidad, “en qué consiste la oscuridad, ambigüedad o contradicción entre las normas del texto constitucional, o en una de ellas en particular; o sobre la naturaleza y alcance de los principios aplicables; o sobre las situaciones contradictorias o ambiguas surgidas entre la Constitución y las normas del régimen transitorio o del régimen constituyente”⁹⁸⁰.

En este caso de esta acción de interpretación constitucional, puede decirse que se está en presencia de un proceso constitucional, que requeriría de un accionante, como consecuencia de lo debería abrirse el proceso a un contradictorio; pues así como puede haber personas con interés jurídico en determinada interpretación de la Constitución, igualmente puede haber otras personas con interés jurídico en otra interpretación. En tal sentido, la Sala debería emplazar y citar a los interesados para garantizarles el que puedan hacerse parte en el proceso, y alegar a favor de una u otra interpretación del texto constitucional.

Sin embargo, sobre esto, después de haber creado el recurso, la Sala Constitucional, en sentencia n° 2651 de 2 de octubre de 2003 (Caso: *Ricardo Delgado (Interpretación artículo 174 de la Constitución)*), le negó el carácter de proceso constitucional señalando que en virtud de que “el recurso de interpretación debe tener como pretensión la exclusiva determinación del alcance de normas -en este caso constitucionales-”, entonces “no hay *litis*, enfrentamiento entre unas partes, respecto de las cuales haya que procurar su defensa”. Agregó la Sala:

979 *Ibidem*

980 Caso: *Servicio Tulio León Briceño*, en *Revista de Derecho Público*, n° 83, Caracas, 2000, pp. 247 y ss. Adicionalmente, en otra sentencia, n° 1029 de 13-06-2001, la Sala Constitucional atemperó el rigorismo de declarar inadmisibles el recurso si no precisaba el contenido de la acción, ya que señaló que “La solicitud deberá expresar: 1.- Los datos concernientes a la identificación del accionante y de su representante judicial; 2.- Dirección, teléfono y demás elementos de ubicación de los órganos involucrados; 3.- Descripción narrativa del acto material y demás circunstancias que motiven la acción.”

Quizás parte de la confusión derive del hecho de que la jurisprudencia de esta Sala exige, para la admisión del recurso de interpretación, la existencia de un caso concreto. Eso podría llevar a creer que se está en presencia de un litigio, así sea eventual. De hecho, en el asunto de autos, la duda interpretativa enfrenta ya a varios órganos estatales, cada uno con su particular opinión.

Ahora bien, la exigencia del caso concreto no es más que un reflejo de la necesidad de reservar al recurso de interpretación su verdadera justificación y evitar que se convierta en un medio indiscriminado de resolución de consultas. Por tanto, es sólo un requisito de legitimación -es decir, la puerta al tribunal-, sin que ello se materialice luego en la posibilidad de que el juez satisfaga pretensiones distintas a la meramente interpretativa.

De acuerdo con lo indicado, el caso concreto es el requisito para pedir la interpretación, demostrando que hay mérito suficiente para que sea el Máximo Tribunal de la República el que se pronuncie, pero sin que ello dé lugar a que se resuelva el mismo: lo que se aclara es la duda interpretativa que existía en ese supuesto. La controversia se seguirá o se llevará ante quien corresponda, para lo cual se supone que el fallo de la Sala debe ser de utilidad. Es la razón, precisamente, de algunos de los fallos de inadmisión que ha dictado esta Sala, en las oportunidades en que los accionantes no se han limitado en su pretensión, sino que han pedido pronunciamiento distintos a la sola interpretación, queriendo que el caso concreto sea no sólo el legitimante del recurso, sino también el fondo de lo que se decidirá.

...

Aunque en teoría la Sala no necesita realmente oír a nadie más para dar su opinión vinculante, la prudencia y la responsabilidad le exigen otra conducta. Por ello, la Sala no se limita a estudiar el caso aisladamente, con prescindencia de los pareceres ajenos, sino que procura llamar a quienes pudieran tener algo que decir y que, al hacerlo, podrían ilustrar a los magistrados en la toma de su propia postura. A veces no lo ha hecho, por la urgencia, y con ello no ha violado derecho alguno, pues -se insiste- no hay partes a las que proteger en su derecho. Ahora, el que no haya derechos en juego (aunque en el caso concreto bien puede haberlos) no implica que no haya intereses que tutelar. Para la protección de esos intereses la Sala formula invitaciones, no citaciones. No hay de qué defenderse, pero sí sobre qué opinar.

...

Entonces, la Sala, aun cuando ninguna norma le obliga a llamar a nadie para decidir un recurso de interpretación, entiende necesario hacerlo, con base en ese derecho a la participación -extendido al ámbito judicial- y con fundamento en la imprescindible tutela de los intereses. Por ello, la Sala mantiene y mantendrá como práctica la de notificar y publicar edictos. No puede ser de otra forma, salvo en casos de urgencia, si se piensa en que el fallo será vinculante y de efectos *erga omnes*.

Por último, debe indicarse que en sentencia N° 1347, de nueve de noviembre de 2000, la Sala Constitucional delimitó el carácter vinculante de las interpretaciones establecidas con motivo de decidir los recursos de interpretación, señalando que:

Las interpretaciones de esta Sala Constitucional, en general, o las dictadas en vía de recurso interpretativo, se entenderán vinculantes respecto al núcleo del caso estudiado, todo ello en un sentido de límite mínimo, y no de frontera intraspasable por una jurisprudencia de valores oriunda de la propia Sala, de las demás Salas o del universo de los tribunales de instancia.

Como puede observarse de lo anterior, estamos en presencia de una ampliación de competencias propias que se ha arrogado la Sala Constitucional, mediante una inconstitucional interpretación de la Constitución, que no establece la posibilidad de este recurso autónomo y abstracto de interpretación de las normas Constitucionales. Por lo demás, nada similar existe en los sistemas de justicia constitucional conocidos.

CAPÍTULO VIII
SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

§17. SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA*

(Santo Domingo, República Dominicana, julio 2006)

Hablar de reforma constitucional en una sociedad democrática es, en definitiva, hablar del Estado Constitucional, del Estado de derecho y de la democracia constitucional. Es decir, del Estado constitucional y democrático de derecho, en el cual, tanto la democracia como la soberanía popular se encuentran juridificadas, lo que por sobre todo implica limitación. Y es que el derecho, la regulación constitucional o la ley, siempre es limitación.

Esa juridificación, en el Estado constitucional de derecho implica limitación constitucional no sólo respecto del Estado mismo y su funcionamiento, sino también respecto de la propia democracia y a la soberanía popular.

Por ello, si bien las Constituciones, como ocurre con la de la República Dominicana (art. 2), proclaman que el pueblo es el titular de la soberanía nacional, sin embargo, le imponen al pueblo en su ejercicio, la observancia de las propias disposiciones constitucionales. Como lo dice el artículo 2 de la Constitución: si bien del pueblo “emanan todos los Poderes del Estado”, los mismos sólo “se ejercen por representación”.

En esta forma a la soberanía se la ha dotado de un carácter jurídico y no sólo fáctico, lo que por supuesto no implica que se haga de la Constitución una fuente de la soberanía misma. El pueblo es el que es el soberano y, como tal, el que ha juridificado su propia soberanía, y además, es el que ha dotado a la Constitución de supremacía al establecer, como lo hace la Constitución de la República Dominicana, que “son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución” (art. 46).

En el Estado constitucional, por tanto, es el pueblo el que se autolimita a través de la Constitución para ejercer la soberanía; de manera que la Constitución normativiza su ejercicio.

Pero sin duda, la soberanía, a pesar de haber sido dotada de ese carácter jurídico, en definitiva es un concepto político o una cuestión de hecho, cuyo ejercicio en una sociedad democrática tiene que tender a fundamentarse en el consenso político, para lograr que sea, precisamente, la expresión del pueblo.

En otras palabras, el ejercicio de la soberanía popular en un Estado constitucional de derecho, nunca puede consistir en la imposición de la voluntad de una fracción sobre la otra. Tiene que buscar responder al consenso político, que por supuesto es cambiante como también lo son el juego de las relaciones sociales y políticas.

* Palabras en el acto de presentación del libro sobre las conclusiones del *Seminario de Reforma Constitucional, 2005*, 12 de julio 2006, Salón Juan Pablo Duarte, Biblioteca del Congreso Nacional, Santo Domingo, República Dominicana

La clave del éxito de las Constituciones es, precisamente, llegar a ser el resultado del consenso o pacto de toda una sociedad -y no de voluntades circunstanciales- y, además, el prever en sus normas, tanto la forma de materialización de los cambios, como los mecanismos que permitan garantizar, en su momento, que la voluntad popular no va a ser suplantada.

Por eso, la normativización de la soberanía popular, más que su limitación, es una garantía de que al pueblo debe asegurársele la libre determinación de decidir su futuro. Por eso es que decimos que la juridificación de la soberanía popular implica su autolimitación procedimental, mediante el establecimiento de normas que aseguren efectivamente la formación de la voluntad soberana; normas precisamente como las que están en los artículos 116 y siguientes de la Constitución de la República Dominicana.

En general, por tanto, se trata de una limitación adjetiva, auto impuesta, para asegurar la manifestación de la voluntad popular; lo que sin embargo no excluye la posibilidad de que como lo regulan muchas Constituciones, también se establezcan limitaciones de orden material, como cláusulas pétreas que buscan limitar el propio contenido de la voluntad popular, restringiendo su facultad de cambiar determinados principios e, incluso, sistemas políticos. Por ello el artículo 119 de la Constitución de la República Dominicana dispone que “Ninguna reforma podrá versar sobre la forma de gobierno, que deberá ser siempre civil, republicano, democrático y representativo”.

La reforma constitucional en las Constituciones, por tanto, debe ser regulada en forma tal que asegurando la manifestación de la voluntad popular (que en el caso de la República Dominicana sólo es a través de sus representantes), a la vez permita que se realicen los cambios necesarios que exige la sociedad democrática.

Se trata, siempre, de la búsqueda del equilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional, que son los principios que siempre están presentes en toda reforma constitucional: Por una parte, la supremacía constitucional, que implica que la Constitución es la ley de leyes, que obliga por igual a gobernantes y gobernados. Y por la otra, la soberanía popular que faculta al pueblo, como titular de la soberanía, el ejercicio del poder constituyente para modificar el Estado constitucional, su organización y la propia Constitución.

El primero, el principio de la supremacía constitucional, es un concepto jurídico; y el segundo, el de la soberanía popular, es un concepto político (aunque juridificado); y en torno a ambos es que gira el poder constituyente, es decir, el poder de reformar la Constitución que siempre debe resultar de un punto de equilibrio entre ambos principios. Ni la supremacía constitucional puede impedir el ejercicio de la soberanía por el pueblo, ni este pueda expresarse al margen de la Constitución.

En esta forma, en el equilibrio entre ambos principios, que es el equilibrio entre el derecho y los hechos, o entre el derecho y la política, es cómo el poder constituyente debe manifestarse en un Estado constitucional y democrático de derecho.

Es decir, la reforma constitucional debe resultar del equilibrio previsto en la Constitución entre soberanía popular y supremacía constitucional, como juridificación del poder constituyente, para hacerlo operativo desde el punto de vista democrático.

Por todo lo anterior, puede decirse que la reforma de la Constitución o el poder de reforma constitucional, es un poder jurídico que descansa en un acto de autolimita-

ción del poder constituyente el cual fija en el texto constitucional los mecanismos de actuación de ese poder de revisión. Por ello el artículo 120 de la Constitución de la República Dominicana dispone claramente que “La reforma de la Constitución sólo podrá hacerse en la forma que indica ella misma, y no podrá jamás ser suspendida ni anulada por ningún poder ni autoridad ni tampoco por aclamaciones populares”.

Lo importante a destacar es que esta juridificación o fijación, no implica que la soberanía nacional, como poder constituyente, desaparezca. En realidad puede decirse que por la propia autolimitación, una vez regulado el poder constituyente en la Constitución, entra en un estado latente pero teniendo siempre la posibilidad de actuar cuando sea requerido, conforme al procedimiento que él mismo ha instituido en el texto constitucional que ha creado.

Por ello la importancia que tiene para el Estado constitucional democrático de derecho que esta juridificación del poder constituyente sea, en definitiva, un instrumento para el fortalecimiento de la democracia. Se trata de la previsión en forma de normas, de los mecanismos pacíficos y racionales para que el pueblo adopte en un momento y circunstancias determinadas, el orden político y jurídico apropiado para sus fines esenciales. De allí la posibilidad también de pensar en el mecanismo constitucional de la Asamblea Constituyente para la reforma de la Constitución, pero la misma debe ser previamente juridificada.

Cualquiera que sea el procedimiento constitucionalmente previsto, garantiza la manifestación democrática de la voluntad popular en el marco constitucional, y evita que por la fuerza o por la expresión de mayorías circunstanciales se imponga la voluntad de una facción del pueblo sobre las otras.

La historia, por lo demás, enseña que nada que se imponga a una sociedad por la fuerza, perdura; ni nada que pretenda basarse en la imposición de la voluntad de una facción de la sociedad aplastando o excluyendo a las otras, perdura.

Una reforma constitucional, por tanto, para que perdure, por sobretodo tiene que ser un instrumento para la inclusión, el consenso y la conciliación. Es cierto que a veces ha sido el resultado de un armisticio después de alguna guerra fratricida, como tantos ejemplos nos muestra la historia; en otros casos, ha sido el resultado de un pacto para evitar la confrontación, como también nos lo muestra la historia reciente. Pero en todo caso, debe ser un instrumento de conciliación, que permita no sólo adaptar las Constituciones a las exigencias políticas de los tiempos contemporáneos, sino que las mismas sean efectivamente la manifestación de la voluntad popular.

Ese es el reto que todo país tiene al plantearse el tema de la reforma constitucional, cuya asunción tiene que garantizar la perdurabilidad de la democracia, perfeccionándola para todos. Ese es el reto que, por supuesto, tienen ustedes en la República Dominicana, el cual tienen que asumirlo como responsabilidad de todos, pero no como una cuestión coyuntural para resolver situaciones de momento, como tantas veces ocurrió en el pasado, sino para perfeccionar las instituciones existentes y, además, para resolver las cuestiones constitucionales pendientes, muchas de las cuales han venido siendo discutidas y en gran parte están recogidas en el libro que hoy se presenta.

Entre esas, permítanme recordarlas, está la previsión constitucional de las bases para la inserción de la República Dominicana en el mundo internacional y globalizado contemporáneo, sin afectar su soberanía; la reformulación de la forma de ejer-

cicio de la democracia para hacerla más representativa y abrir canales para ejercicios de democracia directa; la distribución efectiva del poder público en forma vertical, hacia las comunidades territoriales, para hacer posible la participación democrática, la cual sólo puede ocurrir cuando reformulando el régimen provincial y municipal, el poder está mas cerca del ciudadano; la reafirmación del principio de la separación de poderes, previendo los efectivos mecanismos para asegurar su independencia y autonomía, y por sobretodo, el control recíproco, donde radica la base de la propia democracia y el antídoto frente el autoritarismo; y entre esos controles, mediante la reformulación del sistema de justicia para asegurar aún más su independencia y autonomía; la acentuación de la constitucionalización de la internacionalización de los derechos humanos, individuales, económicos y sociales, y por ejemplo, la constitucionalización de la protección de los mismos mediante la institución del amparo, que si bien ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Suprema, todavía resulta que la República Dominicana es el único país de América latina que no lo garantiza expresamente en el texto de su Constitución; y por último, la reformulación del propio sistema constitucional de revisión constitucional sólo mediante representantes, para además asegurar una participación popular por ejemplo, mediante un referendo aprobatorio.

En fin, los temas pendientes ustedes los conocen y los han estudiado. Lo importante, ahora es hacer de la reforma la tarea de todos, de todos los poderes del Estado, de todos los partidos y de todas las organizaciones de la sociedad, de manera que sea producto del pueblo en su conjunto. Ello no sólo le garantizaría perdurabilidad sino que permitiría darle el contenido sustancial que permita superar el viejo método coyuntural de las reformas.

§18. LOS SISTEMAS PARA LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA*

(Speyer, Alemania, octubre 2005)

Exposición introductoria

Debo comenzar agradeciendo al Instituto de Investigación para la Administración de Espira, y muy especialmente a su director el profesor Harl-Peter Sommermann, por la invitación que me ha formulado para participar en este Coloquio así como por sus generosas palabras de presentación. Me es muy honroso poder participar en esta actividad del Instituto que ha convocado con todo éxito a tantos distinguidos profesores interesados en los temas de América Latina así como al nutrido número de doctorandos latinoamericanos en las diversas universidades alemanas que están presentes.

Igualmente quiero expresar en forma muy especial mi agradecimiento a la doctora Mariela Morales, por la iniciativa que tuvo en proponer la realización del Coloquio aprovechando mi viaje a Alemania.

Mi participación hoy en el Coloquio, además, tiene para mi una significación muy especial: No sólo es una ocasión privilegiada para volver a tomar contacto directo con el mundo académico alemán particularmente interesado en los ordenamientos jurídicos de América Latina; sino que por las circunstancias de la vida, es el primer acto académico en el cual intervengo con un nuevo título o un nuevo status, el de perseguido político en mi país, Venezuela.

Hace una semana, estando de viaje para cumplir compromisos académicos en la Universidad de Columbia, antes de mi viaje a Europa, fui acusado formalmente por el Ministerio Público de mi país por el delito de conspiración para cambiar violentamente la Constitución. Se trata de una manifestación más de la persecución política que se ha desatado contra la disidencia, y contra todo aquél que haya opinado u opine en forma contraria al régimen. Los hechos a los que se refiere la acusación se relacionan con la crisis política que ocurrió en Venezuela en abril de 2002, provocada por la anunciada renuncia del Presidente de la República; con motivo de la cual fui consultado como abogado para dar una opinión jurídica sobre un proyecto de decreto de regulación de un gobierno de transición,; opinión que incluso fue contraria a dicho documento pues violentaba los principios democráticos. Por el sólo hecho de haber estado presente en el lugar de los acontecimientos y haber dado una opinión, ahora soy perseguido a pesar de que no existe el delito de opinión.

Además, debe destacarse que durante el desarrollo de la investigación penal de los últimos meses que antecede a la acusación fiscal, el Ministerio Público ha vio-

* Texto de la conferencia dictada en el *Simposio “Continuidad constitucional y protección judicial en América Latina”*, Instituto de Investigación para la Administración Pública, Escuela Superior Alemana de Ciencias Administrativas, Speyer, 28 octubre 2005.

lado masivamente mis derechos constitucionales al debido proceso y, en particular, el derecho a la presunción de inocencia que me garantiza la Constitución y el derecho a aportar pruebas para mi defensa, las cuales han sido negadas sistemáticamente.

Se me ha condenado de antemano, por lo que con la acusación lo que ocurre es que en realidad, se abre un proceso político contra la disidencia, que ahora afecta abiertamente al mundo académico, pues va contra la oposición jurídica, contra el pensamiento disidente, en fin, contra todos los que propugnamos la vuelta al Estado de derecho, al respeto a los derechos humanos, a la efectiva separación de los poderes en el funcionamiento del Estado, a la autonomía e independencia del Poder Judicial, en fin, a la existencia de órganos de control y contrapeso del poder; todo lo cual es de la esencia de la democracia.

Todo ello, sin embargo, en los últimos años ha desaparecido en Venezuela dando paso a un régimen abiertamente autoritario, en un proceso de deterioro institucional que comenzó precisamente con una reforma constitucional mal hecha y peor concebida, la que realizó la Asamblea Nacional Constituyente de 1999. Yo fui electo como miembro independiente de la misma, y formé parte de la oposición que se configuró por sólo 4 constituyentes de los 141 que tuvo la Asamblea, la cual fue dominada abrumadoramente por los seguidores del Presidente de la República, Teniente Coronel Chávez. Me correspondió debatir en cada sesión de la Asamblea y en relación a cada uno de los artículos de la Constitución hice aportes fundamentales al texto, como son los principios relativos al rango constitucional de los derechos humanos, o a la supranacionalidad en materia de integración regional; pero fui crítico permanente respecto de las bases autoritarias que contenía el proyecto. Por ello en diciembre de 1999 denuncié el marco autoritario de la Constitución sancionada y lidericé la campaña de oposición por el NO en el referendo aprobatorio de la misma. Entonces dije que el texto de la Constitución aprobada era una mesa servida al autoritarismo, y lamentablemente los hechos me han dado la razón: el régimen autoritario se ha dado un banquete en estos últimos cinco años, demoliendo las bases del Estado de derecho y de la democracia, con una ropa de camuflaje de legalidad.

Es un honor para mí, por tanto, participar en este importante Coloquio, en esta doble condición, primero, de la del profesor y académico, que ha dedicado 40 de su vida a la investigación, al estudio y a la docencia del derecho constitucional y del derecho administrativo, y que lo que ha hecho más, ha sido escribir y publicar sus ideas; y segundo, de la del perseguido político del régimen autoritario venezolano, cuyas actuaciones contrarias a la democracia y al Estado de derecho, pronto harán que sea un honor el haber sido perseguido por el mismo, particularmente porque la única arma que he tenido y tengo con la cual he propugnado cambios institucionales para que podamos volver al Estado de derecho y a la democracia, ha sido mi pluma!!

En todo caso, partiendo de la experiencia de haber sido Constituyente en 1999, quisiera ahora referirme al tema que nos ha convocado, sobre los modelos de reforma constitucional en nuestros países latinoamericanos.

I. RIGIDEZ Y REVISIÓN CONSTITUCIONAL

Si algo caracteriza a las Constituciones rígidas es, precisamente, la previsión en sus textos de procedimientos específicos y, en general, complejos para llevar a cabo su revisión, sea a través de reformas generales o mediante enmiendas o modificaciones puntuales a sus previsiones. Normalmente estos procedimientos de revisión constitucional se han establecido desde el inicio de la aparición de los Estados o de su reconstitución, como producto de una Asamblea o Convención constituyente que en nombre del pueblo apruebe la Constitución.

El objetivo de todos estos procedimientos de revisión constitucional como parte del pacto político contenido en la Constitución, es la preservación del mismo, de manera que no puedan éstas ser modificadas unilateralmente por grupos aislados, sino mediante la participación de todas las fuerzas o componentes de la sociedad política. Por ello, incluso, ha sido común en los Estados federales que surgieron como consecuencia de un pacto político entre Estados, establecer mecanismos para garantizar la participación de éstos en los procesos futuros de revisión constitucional. Así ocurrió, por ejemplo, en la misma Constitución Norteamericana con la cual se inició el federalismo art. V) en 1787, en la cual se prevé la ratificación de las enmiendas por tres cuartas partes de las Asambleas legislativas de los Estados o por Convenciones (constituyentes) constituidas en tres cuartas partes de los Estados; y así también por ejemplo, se estableció veintidós años después, en la primera Constitución federal adoptada con posterioridad, la Constitución de los Estados de Venezuela de 1811, en la cual se previó la posibilidad de aprobar reformas por las dos terceras partes de las Legislaturas provinciales (art. 135).

Los procedimientos de reforma constitucional en las Constituciones rígidas, por tanto, son procedimientos establecidos para proteger el pacto político constitucional que contienen, de manera de evitar modificaciones unilaterales y al contrario, asegurar la participación de todos los componentes políticos de la sociedad. Por eso puede decirse que las normas que los regulan siempre tienen un marcado tinte conservador respecto de la Constitución y sus principios, por lo que los procedimientos establecidos para la revisión buscan lograr consensos.

Pero las Constituciones, como normas supremas reguladoras de la sociedad, en ningún caso pueden ser de carácter eterno ni estático, ni pueden pretender dejar políticamente congelada a la sociedad. Estas necesariamente cambian, como también cambian los sistemas políticos, por lo que a veces la excesiva rigidez constitucional que impida la adaptación progresiva de la norma constitucional a la realidad, puede incluso conducir a lo contrario de lo deseado, y provocar más bien la consolidación de los cambios políticos por la vía de los hechos, los que luego consiguen en una u otra forma, alguna legitimación *ex post factum*.

La rigidez constitucional mediante la previsión de procedimientos específicos de reforma constitucional, por tanto, debe ser de tal naturaleza que el principio conservador del pacto político que estos buscan no sea el que conduzca por la vía de los hechos a su ruptura. Los principios y procedimientos de la revisión constitucional, por tanto, puede decirse que se mueven entre el conservadurismo y el cambio político, lo que es lo mismo que señalar que se mueven entre el derecho y los hechos.

La consecuencia de ello es que si en una sociedad dada se producen cambios sustanciales de orden político y social, las normas relativas a la reforma constitucional

o son capaces de canalizar las exigencias de los mismos y permiten la preservación del derecho o constituyen una resistencia insalvable que provoca la producción de los cambios pero por medio de los hechos. He allí el dilema de las previsiones constitucionales sobre procedimientos de reforma constitucional: que la excesiva rigidez del derecho puede conducir a su ruptura de hecho.

En América Latina, todas las Constituciones iniciales adoptadas a comienzos del Siglo XIX, con motivo de la declaración de independencia de España, por voluntad popular expresada a través de Congresos, Convenciones o Asambleas Constituyentes, las cuales en su momento asumieron el poder constituyente originario para la organización de los Estados con forma republicana.

Como constituciones rígidas, en ellas también siempre se establecieron los procedimientos para su reforma o enmienda, como poder constituyente derivado, regulándose muy excepcionalmente la figura de la Convención o Asamblea Constituyente, como sólo sucedió, por ejemplo, en la Constitución Argentina (1853), la cual reguló una Convención (Art. 30) constituyente, adoptando la terminología de la Constitución Norteamericana.

Pero a pesar del derecho, es un hecho que esas Constituciones del Siglo XIX, durante los casi doscientos años que nos separan de los movimientos independentistas, fueron objeto de múltiples reformas en las cuales, en muchos casos, no necesariamente se siguieron ni respetaron los procedimientos previstos para el poder constituyente derivado que regulaban las Constituciones, al punto de que por ejemplo, en la actualidad, casi todas las Constituciones vigentes de América Latina han sido el producto de Asambleas o Convenciones Constituyentes, las cuales en su momento asumieron el poder constituyente sin que necesariamente hubieran estado reguladas expresamente en los textos constitucionales precedentes. Tal es el caso, en los últimos lustros, por ejemplo, en Colombia (1991), en Ecuador (1998) y en Venezuela (1999).

Las Asambleas Constituyentes, por tanto, como mecanismos fácticos de reforma constitucional no son extrañas en la historia constitucional de América Latina, y para darse cuenta de ello, bastaría con citar un solo ejemplo, el de Venezuela, donde en múltiples oportunidades se ha reformado la Constitución a través de dicho mecanismo de reforma constitucional sin que el mismo hubiese estado regulado jamás (hasta 1999) en el texto constitucional.

En efecto, en Venezuela puede decirse que Asambleas Constituyentes como cuerpos representativos convocados con el objeto de constituir un Estado, es decir, establecer inicialmente la organización política de una sociedad dada en un territorio determinado, en sentido estricto solo ha habido dos: el *Congreso General* de 1811 reunido en Caracas con el objeto de constituir el Estado venezolano independiente de la Corona Española con la sanción de la Constitución Federal para los Estados de Venezuela 21-12-1811; y el *Congreso Constituyente* convocado en la ciudad de Valencia, en 1830, para reconstituir el Estado separado de la Gran Colombia y sancionar la Constitución del Estado de Venezuela (22-9-1830). Pero estas no han sido las únicas Asambleas Constituyentes, pues a partir de 1830 se convocaron nueve más, pero con el objeto de *reconstituir* el sistema político y reformar la Constitución, lo que en toda la historia política venezolana, excepto con la Asamblea Constituyente de 1999, siempre ocurrió después de una ruptura violenta (guerra o revolución) de hilo constitucional.

En efecto, después de la reforma de la Constitución de 1830 por el Congreso en 1857 conforme al procedimiento previsto en la misma (art. 227), al año siguiente y como consecuencia de un golpe de Estado (Revolución de Mazo), se convocó a una *Gran Convención Nacional* reunida en Valencia la cual sancionó la Constitución de 31-12-1858. Ello fue la antesala de las Guerras Federales, al final de las cuales dicha Constitución fue anulada (1862), convocándose una *Asamblea Constituyente* que se reunió en Caracas en 1864, la cual sancionó la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela (13-4-64), consolidándose la forma federal del Estado (1864-1901).

Después de múltiples vicisitudes políticas que afectaron la vigencia de la Constitución de 1864, el Congreso la modificó conforme a sus normas (Art. 122), en 1874 y 1881. En 1891 se produjo otra reforma, la cual fue cuestionada por la forma que se hizo, provocando en 1892, otra Revolución (Revolución Legalista) la cual condujo a la convocatoria de una *Asamblea Nacional Constituyente* que se reunió en Caracas, la cual sancionó la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1893 (21-6-1893).

Luego en 1900, como consecuencia de otra Revolución (Revolución Liberal Restauradora), se convocó otra *Asamblea Nacional Constituyente* que sancionó la Constitución de 1901 (29-3-01), con la cual se inició el período del *Estado Centralizado Autocrático* (1901-1945). Después de otra Revolución (Revolución Reivindicadora) la Constitución fue nuevamente reformada en 1904 por el Congreso que asumió las funciones, facultades y derechos que correspondían al *Poder Constituyente*, sancionando la Constitución de 1904. Esta fue enmendada por el Congreso en 1909, pero en 1914, un *Congreso de Diputados Plenipotenciarios* convocado al efecto, promulgó un Estatuto Constitucional Provisorio y luego sancionó la Constitución de 1914 (19-6-14). Dicha Constitución, como lo establecía su texto (art. 130), fue posteriormente enmendada o reformada en múltiples ocasiones, en 1922, 1925, 1928, 1929, 1931, 1936 y 1945 (5-5-45).

Una nueva Revolución ocurrida en octubre de 1945 (Revolución de Octubre), con la cual se inició el proceso de establecimiento *Estado Democrático Centralizado*, condujo, al año siguiente a la convocatoria de una nueva *Asamblea Constituyente* la cual se reunió en Caracas y sancionó la Constitución de 1947 (5-7-47). Al año siguiente, sin embargo, se produjo otro golpe de Estado, instalándose un régimen militar que en 1953 convocó a otra *Asamblea Constituyente* de los Estados Unidos de Venezuela, la cual sancionó la Constitución de 1953 (15-4-53).

Luego de un nuevo golpe de Estado, el 23 de enero de 1958, una Junta Militar y la subsiguiente Junta de Gobierno asumieron el poder, continuando sin embargo en aplicación la Constitución de 1953 hasta que el *Congreso* electo en 1958, conforme a dicho texto (arts. 140 y ss.), reformó totalmente la Constitución, sancionando la Constitución del 23-1-61.

Cuarenta años después, en 1998, en medio de la crisis que todavía sacude al sistema político venezolano, resultaba inevitable la necesidad de una nueva reconstitución del sistema político y del Estado, para lo cual, aún cuando por primera vez en la historia de Venezuela, sin violencia, y luego de un proceso de interpretación judicial de la Constitución similar al que ocurrió en Colombia, en 1999 se procedió a convocar una *Asamblea Constituyente*, para precisamente evitar la ruptura violenta del hilo constitucional y reconstituir el sistema político en libertad. Todas las anteriores Asambleas Constituyente, como se dijo, fueron en cambio producto de guerras,

golpes de Estado y revoluciones. La diferencia fue que en 1999, el golpe de Estado lo dio la Asamblea Constituyente una vez convocada.

Por ello, en 1999, el hilo constitucional también fue efectivamente roto, pero por la propia Asamblea Nacional Constituyente que fue la que al asumir sin autoridad alguna el “poder constituyente originario”, dio un golpe de Estado contra la Constitución de 1961 y contra los poderes constituidos, particularmente, contra los órganos de representación popular (Congreso y Asambleas legislativas de los Estados) que habían sido electos un año antes (1998). La nueva Constitución sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente, sin embargo, fue posteriormente aprobada mediante referéndum, con el cual, a pesar de la poca participación ciudadana, se “legitimaría” el proceso constituyente precedente.

Ahora bien, las Constituciones incluso pueden indicar expresamente, como por ejemplo lo dice el texto de la República Dominicana, que “la reforma de la Constitución sólo podrá hacerse en la forma que indica ella misma” (art. 120); pero lo cierto es que la revisión constitucional en América Latina, no siempre ha sido un proceso de jure, sino que en múltiples ocasiones ha sido producto de los hechos, cuyos resultados constitucionales luego han encontrado *ex post factum*, en una forma u otra, alguna vía de legitimación política. En el caso de Venezuela, como se ha dicho, en casi 200 años de historia constitucional, funcionaron diez Asambleas Constituyentes como mecanismos de revisión constitucional y ninguna estaba prevista en los textos constitucionales precedentes. La Constitución de 1999, en realidad, ha sido la primera en regular expresamente dicho modelo de reforma constitucional.

En todo caso, como he señalado, como todas las Constituciones rígidas del mundo contemporáneo, las Constituciones vigentes de los países de América Latina aprobadas en la forma escogida al sancionarse, establecen expresamente los procedimientos de reforma constitucional con trámites que son distintos a los establecidos para las reformas de la legislación ordinaria.

En estos procedimientos, en general, se ha asegurado, no sólo la participación de los órganos de representación popular (Congresos o Asambleas Legislativas) para la revisión constitucional sino, en la mayoría de los casos, se ha asegurado la participación directa del pueblo mediante un proceso de votación sea para la elección de una Convención o Asamblea Constituyente o para la aprobación mediante referendo o plebiscito de la reforma constitucional. Estos procedimientos de reforma constitucional, por supuesto, al estar expresamente regulados en la Constitución, están sometidos al cumplimiento de la normativa constitucional que lo regula, por lo que, la supremacía constitucional puede decirse que se aplica incluso para el ejercicio del poder constituyente regulado en la propia Constitución.

Las *formas específicas de manifestación del poder constituyente derivado*, que se han establecido en las Constituciones, en general, obedecen a tres formas, según, primero, que el poder constituyente se ejerza directamente por el pueblo; segundo, que su ejercicio, en representación del mismo, se haya otorgado a los órganos de representación popular (Congresos o Asambleas Legislativas); o tercero, que se haya otorgado a una Asamblea o Convención Constituyente convocada al efecto.

En algunos países, incluso, se han regulado estos tres procedimientos de reforma constitucional, en paralelo, tal y como sucede por ejemplo en Colombia, donde el artículo 374 de la Constitución establece que:

Art. 374. “La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una asamblea constituyente o por el pueblo mediante referendo”.

Lo que es claro de las Constituciones latinoamericanas es que los procedimientos de revisión constitucional que ellas regulan, dada su supremacía se han establecido con carácter obligatorio, razón por la cual en sus propios textos se niega valor a toda reforma constitucional realizada mediante procedimientos no previstos en la Constitución. De allí, por ejemplo, la tajante declaración de la Constitución de República Dominicana, antes indicada (art. 120), así como la previsión de la Constitución de Venezuela que establece en su artículo 333 que:

Art. 333. Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella.

En tal eventualidad todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

Por otra parte, también hay que tener en cuenta que estos procedimientos formales de revisión constitucional (reforma o enmienda) no son los únicos previstos para la modificación de la Constitución y su adaptación a los cambios políticos y sociales.

La adaptación constitucional puede ocurrir, en efecto, mediante otros medios que la propia Constitución dispone para asegurar la mutación constitucional sin que se pongan en movimiento los instrumentos formales de revisión constitucional (enmiendas, reformas, asambleas constituyentes), como sucede cuando el texto constitucional regula la sanción de leyes especiales y específicas de rango constitucional para el desarrollo de determinadas materias de orden constitucional, como la descentralización política. Por ejemplo, en la Constitución de Venezuela de 1961 y en la vigente de 1999, se establece expresamente la atribución de competencias exclusivas en los tres niveles de gobierno (nacional, estatal y municipal) conforme al sistema federal de distribución vertical del Poder Público (arts. 156, 164 y 178), pero el artículo 157 de la misma Constitución establece que mediante ley, la Asamblea Nacional puede transferir a los Estados algunas de las competencias exclusivas del Poder Nacional. Cuando se dicta una ley de esta naturaleza, sin duda que se produce una modificación de la Constitución, autorizada en su mismo texto, pero mediante una forma distinta a la reforma o enmienda, es decir, mediante una ley que adquiere rango constitucional.

Otro ejemplo de modificación constitucional mediante mecanismos distintos a los procedimientos de reforma o enmienda, puede ocurrir mediante la aprobación legislativa de tratados internacionales en materia de derechos humanos y su ratificación, como puede suceder en Venezuela, donde no sólo se ha establecido en la Constitución el rango constitucional de los tratados en materia de derechos humanos ratificados por la República, sino su aplicación prevalente incluso respecto de la misma Constitución, cuando aquellos contengan previsiones más favorables al ejercicio y goce de los derechos humanos (Art. 23). En consecuencia, cuando se produce la aprobación legislativa de un tratado y su ratificación ejecutiva, si el mismo contiene normas en materia de derechos humanos más favorables a las establecidas en la Constitución, se produce una modificación automática de la misma, autorizada en el mismo texto.

Por supuesto, otro mecanismo para asegurar la mutación constitucional, lo constituye el desarrollo mismo de las Jurisdicciones Constitucionales, a través de la actua-

ción de los Tribunales o Cortes Constitucionales o de las Salas Constitucionales de las Cortes Supremas de Justicia, con potestad constitucional para establecer interpretaciones vinculantes de la Constitución y sus principios. A través de la interpretación constitucional, por tanto, sin que la Constitución sea formalmente enmendada o reformada, se puede producir la adaptación de las disposiciones constitucionales formales a las nuevas exigencias políticas y sociales de una sociedad en un momento dado. El juez constitucional, por tanto, ciertamente que puede considerarse como un fenomenal instrumento de adaptación de la Constitución, y para el afianzamiento del Estado de derecho, pero también puede ser un instrumento diabólico de dictadura constitucional, no sometido a controles, cuando justifica todas las violaciones constitucionales que se producen en regímenes autoritarios o donde la separación de poderes no está realmente asegurada, como ha ocurrido en los últimos cinco años con la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela.

Pero por otra parte, tratándose de un poder constituyente derivado el que se regula en los propios textos constitucionales, también debe señalarse que el mismo tiene límites, no sólo en cuanto a los propios poderes que puede asumir el órgano constituyente en relación con los Poderes constituidos del Estado, sino en relación con las materias reformables o enmendables, por lo que muchas Constituciones, mediante cláusulas pétreas expresas, excluyen de toda reforma determinados principios y disposiciones que se declaran inmutables, y por tanto, irrevisables o irreformables.

Ahora bien, siendo la Constitución en los Estados constitucionales democráticos contemporáneos emanación de la soberanía popular, los procedimientos de reforma constitucional formalmente establecidos (reforma o enmienda) en nuestros países, pueden clasificarse en dos grandes grupos: primero, aquellos en los cuales la reforma constitucional se regula como poder atribuido al pueblo como partícipe en el poder constituyente derivado; y segundo, aquellos en los cuales la reforma constitucional se atribuye a los órganos constituidos del Estado, los cuales asumen entonces el poder constituyente derivado.

II. SISTEMAS DE REFORMAS CONSTITUCIONALES

El primer sistema de reforma constitucional se caracteriza por la atribución al pueblo del poder constituyente, el cual está consagrado en muchas Constituciones de América Latina que atribuyen el poder constituyente derivado directamente al pueblo, el cual debe expresar su manifestación de voluntad mediante la aprobación de la reforma a través de una votación realizada por vía de un referendo, de un plebiscito o de una consulta popular.

En algunos casos, incluso, la participación del pueblo como poder constituyente se establece en forma exclusiva, como único procedimiento de revisión constitucional (Uruguay); y en otros casos, se establece como una de las alternativas de revisión constitucional, conjuntamente con otros procedimientos. Es el caso, por ejemplo, de Venezuela, Colombia, Paraguay, Guatemala y Costa Rica, donde además se regula el funcionamiento de una Asamblea Constituyente; y del Perú, Cuba, Chile, Ecuador y Panamá, donde además se atribuye al órgano legislativo la potestad de aprobar la reforma constitucional. En Colombia, además del procedimiento de revisión consti-

tucional mediante referendo, se regula la Asamblea Constituyente y los Actos Legislativos de reforma constitucional aprobados por el Congreso.

El segunda sistema, se da cuando se atribuye el poder constituyente derivado a los órganos constituidos del Estado, de carácter representativos: sea un órgano especialmente concebido para ello, como son las Asambleas o Convenciones constituyentes; sea los órganos legislativos del Estado (órganos constituidos) mediante procedimientos específicos.

En efecto, en *primer lugar*, muchas Constituciones regulan el poder constituyente derivado atribuyéndolo a una Convención o Asamblea Constituyente, sea como procedimiento exclusivo de reforma constitucional como sucede en Argentina; sea como procedimiento exclusivo para las reformas constitucionales o reformas totales, distintas a las enmiendas, como sucede en Bolivia, Costa Rica, Paraguay y Nicaragua; sea como procedimiento exclusivo para la reforma de determinadas normas de la Constitución, como sucede en Guatemala; o sea en combinación con otros procedimientos de revisión constitucional como el referendo popular, como sucede en Colombia y Venezuela.

En *segundo lugar*, otras Constituciones atribuyen el ejercicio del poder constituyente derivado a los órganos que ejercen el Poder Legislativo, como los Congresos o Asambleas legislativas. En algunos casos en forma exclusiva, como sucede El Salvador, y como también sucede en México pero combinando la participación de los órganos legislativos Federal y de los Estados federados; y en otros casos, como alternativa de reforma respecto de otros procedimientos como el referendo, como sucede en Panamá, Colombia, Cuba, Chile y Ecuador; o como la Asamblea Constituyente, como sucede en Bolivia, Colombia, Costa Rica y Nicaragua. En todos estos casos, sean cuales fueren los procedimientos de reforma constitucional, en una u otra forma siempre tienen participación los órganos de representación popular.

III. LOS LÍMITES AL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Pero aparte de los procedimientos establecidos para la reforma constitucional, el otro aspecto que debe destacarse es el de los límites al poder constituyente derivado y consecuentemente, el de la posibilidad de control judicial de dichos procedimientos de reforma. En todos los casos señalados, los procedimientos para la revisión o reforma constitucional en América Latina se han regulado en el propio texto de las Constituciones, por lo que el poder constituyente derivado está sujeto a límites constitucionales, sea que se ejerza directamente por el pueblo o por órganos constituidos del Estado.

Estos límites, en América Latina, en general, son los siguientes cinco: en primer lugar, los límites que derivan de las propias regulaciones constitucionales en cuanto al procedimiento de revisión constitucional; en segundo lugar, los límites que derivan de las denominadas cláusulas pétreas o inmodificables; en tercer lugar, los límites que derivan del funcionamiento de los órganos constituidos del Estado durante del proceso de reforma o enmienda constitucional; en cuarto lugar, los límites derivados de circunstancias excepcionales; y en quinto lugar, los límites temporales.

Siendo límites constitucionales establecidos al poder constituyente derivado, dado el principio de la supremacía constitucional que rige en todas las Constituciones latinoamericanas, los mismos deberían estar sujetos a control de constitucionalidad por las respectivas Jurisdicciones Constitucionales. La única excepción de principio se podría plantear en los casos de aprobación de las reformas o enmiendas mediante referendo o consulta popular, en cuyo caso podría considerarse que priva el principio de la soberanía popular sobre el de la supremacía constitucional. Pero incluso en estos casos, si existe disposición expresa de la Constitución, como sucede en Colombia, el control de constitucionalidad procedería por vicios de procedimiento en la formación de los actos reformatorios de la Constitución, *cualquiera que sea su origen* (art. 241,1).

En primer lugar, como se ha dicho, las Constituciones han establecido precisos procedimientos que debe seguir el poder constituyente derivado para la revisión constitucional, los cuales se constituyen en límites constitucionales adjetivos o procedimentales para la revisión constitucional.

La consecuencia lógica de estas regulaciones y del sometimiento a la Constitución es que el cumplimiento de dichos procedimientos de reforma o enmienda constitucional, dado el principio de la supremacía constitucional, debe estar sujeto a control de constitucionalidad por parte de los órganos de la Jurisdicción Constitucional, el cual en muchas Constituciones latinoamericanas incluso se establece expresamente.

Es el caso mencionado, por ejemplo, de la Constitución de Colombia, cuyo artículo 241 atribuye a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, y *en particular de los procedimientos para la revisión constitucional*, asignándole en particular competencia para:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, *cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.*
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, *sólo por vicios de procedimiento en su formación.*
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos *sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.*

Por su parte, el artículo 379 de la misma Constitución de Colombia dispone expresamente que en todos los procedimientos de reforma constitucional en los cuales haya actos legislativos, convocatoria a referendo, de consulta popular o convocatoria a la Asamblea Constituyente, los mismos pueden ser declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional requerida mediante acción pública, cuando violen los requisitos establecidos en el Título XIII de la Constitución en el cual se regula la reforma constitucional.

Por otra parte, la Constitución de Bolivia enumera entre las atribuciones del Tribunal Constitucional (art. 119, VII, 10), la de conocer y resolver sobre las demandas *respecto a procedimientos en la reforma* de la Constitución, las cuales se pueden plantear por cualquier Senador o Diputado o por el Presidente de la República, en relación con los proyectos de reforma.

En Costa Rica, el artículo 10, b) de la Constitución atribuye a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, competencia para conocer de las *consultas sobre proyectos* de reforma constitucional.

En la Constitución de Chile, recientemente reformada, el artículo 92, 2 atribuye al Tribunal Constitucional competencia para resolver las *cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos* de reforma constitucional.

En consecuencia, durante el desarrollo de los procedimientos para la revisión constitucional, puede decirse que los órganos a los que se atribuye el ejercicio del poder constituyente derivado están sometidos a la Constitución, la cual, como lo indica la Constitución de Nicaragua, tiene que seguir en vigencia “mientras no se apruebe por la Asamblea Nacional Constituyente la nueva Constitución” (art. 194); o como lo indica la Constitución de República Dominicana “no podrá jamás ser suspendida ni anulada por ningún poder ni autoridad ni tampoco por aclamaciones populares”(art. 120).

Pero la reforma constitucional realizada por el poder constituyente derivado, no sólo tiene los límites adjetivos antes analizados, sino que también puede tener límites de orden sustantivo.

El primer límite de esta naturaleza al poder constituyente es el que deriva de las denominadas cláusulas pétreas o inmodificables que se establecen en los textos constitucionales, en las cuales se establecen principios o normas que se proclaman como irrevisables en forma total o parcial. En muchos casos se trata de cláusulas expresas como en su momento ocurrió con las Constituciones alemana e italiana, pero en otros se trata de cláusulas que derivan de la interpretación del propio texto constitucional.

Entre las primeras se destacan las que excluyen toda reforma sobre determinadas materias, como sucede con el artículo 248 de la Constitución de El Salvador en el cual se dispone que:

Art. 248: [...] No podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y sistema de gobierno, al territorio de la República y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República.

En igual sentido se debe destacar el artículo 119 de la Constitución de República Dominicana, en el cual se declara que:

Art. 119. Ninguna reforma podrá versar sobre la forma de Gobierno, que deberá ser siempre civil, republicano, democrático y representativo.

En la Constitución de Guatemala se establece una enumeración de artículos de la Constitución como “no reformables”, al disponer su artículo 281, que “en ningún caso podrán reformarse los artículos 140 (independencia del Estado y al sistema de gobierno), 141 (soberanía popular), 165, inciso g) (desconocimiento del mandato del Presidente después de vencido su período constitucional), 186 (prohibiciones para optar a cargos de Presidente y Vicepresidente) y 187 (prohibición de reelección), ni en forma alguna toda cuestión que se refiera a la forma republicana de gobierno, al principio de no reelección para el ejercicio de la Presidencia de la República, ni restársele efectividad o vigencia a los artículos que estatuyen alternabilidad en el

ejercicio de la Presidencia de la República, así como tampoco dejárseles en suspenso o de cualquier otra manera de variar o modificar su contenido”.

En el caso de Honduras, el artículo 374 de la Constitución también dispone una enumeración de artículos no reformables, así:

Artículo 374: No podrán reformarse, en ningún caso, el Artículo anterior (procedimiento para la reforma constitucional), el presente Artículo, los artículos constitucionales que se refieren a la forma de gobierno, al territorio nacional, al período presidencial, a la prohibición para ser nuevamente Presidente de la República, el ciudadano que lo haya desempeñado bajo cualquier título y referente a quienes no pueden ser Presidente de la República por el período subsiguiente.

En otros casos, como en la Constitución del Brasil, lo que se establece es que no se puede abolir determinadas instituciones o principios, pero ello no impide la reforma de los artículos que las consagran. En tal sentido, el artículo 60 § 4, establece que:

No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: I. La forma federal del Estado; II. El voto directo, secreto, universal y periódico; III. La separación de los Poderes; IV. Los derechos y garantías individuales.

En el artículo 137 de la Constitución de Cuba también se ha establecido una cláusula de esta naturaleza irrevocabilidad respecto del “sistema político, económico y social, cuyo carácter irrevocable lo establece el artículo 3 del Capítulo I, y la prohibición de negociar acuerdos bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera”. Además, en la reforma de junio de 2002, la Asamblea Nacional del Poder Popular añadió al texto constitucional otra cláusula pétrea al indicar que “el carácter socialista y el sistema político y social” contenido en la Constitución se declaran irrevocables.

Pero aparte de las cláusulas pétreas así expresa y textualmente insertas en los textos constitucionales, de otras disposiciones de las Constituciones también se pueden derivar muchas otras cláusulas que encajarían dentro de tal categoría, por el carácter irrevisable como se ha establecido, por parte del poder constituyente.

Es el caso, por ejemplo, de la Constituciones que establecen en algunos de sus artículos el *carácter eterno* de un determinado principio o disposición constitucional, como resulta del artículo 1 de la Constitución de Venezuela cuando declara que la República “es **irrevocablemente** libre e independiente...”; del artículo 5 que declara que “la soberanía reside **intransferiblemente** en el pueblo”, o del artículo 6 de la misma Constitución cuando prescribe que el gobierno de la República “y de las entidades políticas que la componen **es y será siempre** democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”.

Otras cláusulas que implican límites a la revisión constitucional son las que establecen el principio de la progresividad en la protección o garantía de los derechos humanos, por ejemplo en cuanto a los inherentes a la persona humana, las cuales implican que dichas garantías no pueden ser objeto de reformas que reduzcan el ámbito de protección de los derechos. Es el caso de la previsión del artículo 19 de la Constitución de Venezuela.

La consecuencia de todos estos límites constitucionales a la reforma constitucional, que derivan de normas expresas, es que si se traspasan por el poder constituyen-

te derivado, las reformas serían contrarias a la Constitución, por lo que deberían ser objeto de control constitucional por parte de los órganos de la Jurisdicción Constitucional.

Sin embargo, en esta materia, estamos en el campo de los principios que derivan del principio de la supremacía constitucional, ya que ninguna Constitución de América Latina establece expresamente competencia de los órganos de la Jurisdicción Constitucional para controlar la constitucionalidad *sustantiva* de las reformas constitucionales.

Por otra parte, están los límites derivados del funcionamiento de los poderes constituidos del Estado. Así, en general, los procedimientos de revisión constitucional establecidos en los textos constitucionales tienen por objeto reformar o enmendar las Constituciones, sin alterar el funcionamiento de los órganos constituidos del Estado. Este es el principio general que resulta del texto de todas las Constituciones latinoamericanas, sea cual sea el procedimiento de revisión constitucional que se regule.

En esta forma, en los casos en los cuales el poder constituyente derivado se haya atribuido al pueblo para la aprobación de la reforma o enmienda constitucional, durante el procedimiento de elaboración del proyecto de reforma o enmienda y de aprobación popular del mismo mediante referendo, plebiscito o consulta popular, los órganos constituidos del Estado continúan funcionando sin interrupción ni interferencia de cualquier clase. Sólo excepcionalmente durante los procedimientos de revisión constitucional, podrían verse afectadas algunas potestades de los órganos del Estado, lo cual debe establecerse expresamente en la Constitución, como sucede con las limitaciones a la posibilidad de veto presidencial respecto de los actos del órgano legislativo concernientes a la reforma o enmienda constitucional, como por ejemplo lo prevén las Constituciones de Bolivia, Perú, Nicaragua, Uruguay y Venezuela.

Por otra parte, en los casos en los cuales el poder constituyente se atribuye a una Asamblea Nacional Constituyente, en principio, y salvo disposición expresa en contrario, el funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente no debería afectar ni impedir el funcionamiento simultáneo de los órganos constituidos del Estado. Este principio está formulado expresamente, por ejemplo, en la Constitución del Paraguay, en cuyo artículo 291 se establece lo siguiente:

Art. 291. De la potestad de la Convención Nacional Constituyente. 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.

En igual sentido, pero en relación con el funcionamiento del Congreso durante el funcionamiento de la Asamblea Constituyente, en la Constitución de Guatemala, el artículo 279 dispone expresamente que “la Asamblea Nacional Constituyente y el Congreso de la República podrán funcionar simultáneamente”.

La excepción a este principio, formulada también en forma expresa, está establecida en la Constitución de Nicaragua, en cuyo artículo 193 se establece que una vez aprobada la iniciativa de reforma total de la Constitución por la Asamblea Nacional, esta debe fijar un plazo para la convocatoria de elecciones de Asamblea Nacional

Constituyente, conservando “su mandato hasta la instalación de la nueva Asamblea Nacional Constituyente”.

En otras Constituciones, como la de Colombia, una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, sólo se limitan las potestades de los órganos constituidos del Estado en relación con el tema de la revisión constitucional. Así, el artículo 376 dispone que a partir de la elección de la Asamblea Constituyente para la revisión constitucional “queda en suspenso la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución durante el término señalado para que la Asamblea cumpla sus funciones”.

Por último, debe mencionarse la Constitución de Venezuela de 1999, en la cual, después de la experiencia del proceso constituyente de ese año, al regularse a la Asamblea Nacional Constituyente como mecanismo para la revisión constitucional, con el único objeto de “transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución” (art. 347), se establece que durante el funcionamiento de dicha Asamblea, “los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente” (art. 349); lo que no implica que, al contrario, la Asamblea sí pueda impedir las decisiones de los poderes constituidos..

Esta disposición tiene que interpretarse de acuerdo con los mismos términos de la Constitución, en el sentido de que los poderes constituidos, es decir, los órganos de los Poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral no pueden en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente, la cual sólo tiene por objeto “redactar una nueva Constitución” en la cual se proponga “transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico”. En esa función, las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente que no pueden ser “impedidas” por los poderes constituidos, son las que en la consecución de su objeto, la Asamblea adopte siempre de acuerdo con la Constitución vigente cuya reforma debe redactar. Es decir, la norma constitucional del artículo 349 no puede entenderse como una carta abierta dada a la Asamblea Nacional Constituyente para que durante su funcionamiento pueda adoptar decisiones que puedan ser contrarias a la Constitución y al funcionamiento de los órganos constitucionales constituidos; es decir, de ella no se deriva que la Asamblea Constituyente tenga poder alguno para alterar las normas constitucionales mientras estén en vigencia y mientras no sean sustituidas por las de la nueva Constitución que redacte, la cual en todo caso debe ser aprobada mediante referendo. En consecuencia, mientras la Asamblea Nacional Constituyente esté funcionando, los órganos de los diversos Poderes Públicos (poderes constituidos) también continúan en funcionamiento, no pudiendo la Asamblea ni disolverlos, ni sustituirlos ni alterar su funcionamiento. De lo anterior resulta, en consecuencia, que los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente durante su funcionamiento que violen la Constitución vigente, podrían ser objeto de control de constitucionalidad por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo como Jurisdicción Constitucional.

La consecuencia de lo anterior es que cualquier acto de los órganos a los cuales la Constitución le asigne la potestad de intervenir o realizar la reforma de la Constitución, que atente contra los poderes constituidos del Estado o su funcionamiento conforme se regula en la propia Constitución, serían inconstitucionales, y podrían ser objeto de control de constitucionalidad por los órganos de la Jurisdicción Consti-

tucional. Ninguna de las Constituciones latinoamericanas, sin embargo, atribuye tal competencia en forma expresa a dicha Jurisdicción.

Otro límite a la posibilidad de reforma constitucional deriva de la existencia de circunstancias constitucionales extraordinarias, como los estados de excepción o de sitio, las cuales una vez decretadas en algunos casos impiden que se desarrollen los procedimientos de reforma,

Es el caso en particular de la Constitución de Brasil, en la cual al regularse la posibilidad de enmienda constitucional como una potestad atribuida al Congreso Nacional, como parte del “proceso legislativo” (art. 59), en el artículo 60, § 1º se dispone expresamente que “ninguna enmienda puede ser aprobada bajo la vigencia de intervención federal, del estado de defensa o del estado de sitio” Estas circunstancias excepcionales que deben ser decretadas por el Presidente de la República (Art. 84, IX y X) con participación variada de otros Poderes de la Unión (arts. 34 y ss. y 136 y ss.)

Sin embargo, en el supuesto regulado en el Brasil, si una enmienda constitucional fuera aprobada bajo la vigencia de intervención federal, del estado de defensa o del estado de sitio, la consecuencia lógica es que entonces dicha enmienda podría estar sujeta a control de constitucionalidad por parte del Tribunal Supremo Federal.

Por último, el quinto límite se refiere al tiempo de la reforma. Algunas Constituciones establecen límites temporales para la revisión constitucional, en el sentido de que en el texto constitucional se ha establecido un lapso mínimo de irrevisabilidad constitucional, como sucede en Paraguay, en cuya Constitución (art. 289) se estableció que la reforma de la Constitución “sólo procederá luego de diez años de su promulgación”; y las enmiendas sólo “transcurridos tres años de promulgada la Constitución” (art. 290).

En consecuencia, en estos casos, toda enmienda o reforma constitucional sancionada sin que dichos lapsos hubieran transcurrido, también podría debería ser considerada como violatoria a la Constitución, y sometida a control de constitucionalidad.

IV. APRECIACIÓN FINAL

De todo lo anterior resulta que los mecanismos para la revisión constitucional pueden considerarse que son de la esencia del proceso constitucional, de manera que no hay ni puede haber Constituciones inmutables o eternas. Al contrario, los textos constitucionales requieren adaptación permanente para regular la sociedad conforme a los cambios políticos y sociales.

Uno de esos mecanismos de cambio constitucional precisamente lo constituyen los de revisión o reforma formal de la Constitución, como son los procedimientos de enmiendas, de reformas o de convocatoria de Asambleas o Convenciones Constituyentes, que permiten la modificación de las Constituciones con la participación directa del pueblo (vía referéndum o plebiscito) o de sus representantes electos en los Parlamentos o en las Asambleas Constituyentes. Se trata, en todo caso, de métodos de revisión constitucional a través de los cuales sólo se manifiesta el poder constituyente derivado sometido, precisamente, a los límites y procedimientos regulados expresamente en las Constituciones. El poder constituyente originario, en cambio,

sólo se manifiesta en los procesos de revisión constitucional realizados *de facto*, al margen del hilo constitucional.

Ahora bien, recapitulando y a manera de conclusión del análisis comparativo de los procedimientos de revisión constitucional regulados en las Constituciones de América Latina, se pueden formular las siguientes apreciaciones generales:

Primero, en casi todas las Constituciones se regula la participación popular en los procesos de revisión constitucional, siendo excepcional los países que no prevén algún referendo o consulta popular que permita la participación del pueblo como poder constituyente originario. Es el caso de Argentina y Nicaragua, países donde sólo regula como mecanismo para la revisión constitucional, una Asamblea o Convención Constituyente; y de El Salvador, México, Brasil y República Dominicana donde se atribuye el poder constituyente derivado sólo a los órganos legislativos del Estado, por supuesto, a través de procedimientos particulares con mayorías calificadas. De resto, en Uruguay, Colombia, Venezuela, Paraguay, Guatemala, Costa Rica, Perú, Cuba, Chile, Ecuador y Panamá se regula la participación del pueblo en la revisión constitucional e, incluso, en Uruguay, como la única forma para la reforma constitucional.

Segundo, en todas las Constituciones latinoamericanas se establece la participación, en una forma u otra, del órgano legislativo nacional (Congresos, Asambleas) en los procedimientos de revisión constitucional, de manera que en los mismos siempre participa la representación popular. Sólo excepcionalmente los órganos legislativos son los únicos con poder constituyente derivado, mediante mayorías calificadas especiales como sucede en El Salvador, México, Brasil y República Dominicana. En México, además del Congreso de la Unión, también participan en el procedimiento de revisión constitucional, las Asambleas legislativas de los Estados de la Federación. En ninguna de las otras Constituciones federales (Argentina, Brasil o Venezuela) se establece la participación de las Asambleas o Consejos Legislativos de los Estados de en el procedimiento de reforma constitucional. En Argentina y en Brasil, sin embargo, podría señalarse que los Estados sólo participarían por la vía de la representación que tienen en el Senado, institución que fue eliminada en Venezuela en 1999.

Tercero, en todas las Constituciones se establece también la participación del Presidente de la República en el procedimiento de revisión constitucional sea mediante la iniciativa de reforma o mediante la promulgación de la misma, limitándose en este último caso, en muchas Constituciones, el poder de veto del Presidente como sucede en Bolivia, Perú, Nicaragua, Uruguay y Venezuela.

Cuarto, en todas las Constituciones latinoamericanas se regulan expresamente estos procedimientos de revisión constitucional, por lo que los mismos, al tener rango constitucional, deben ser respetados por todos los órganos del Estado. No es posible, por tanto, realizar una reforma constitucional mediante un procedimiento distinto al establecido en la Constitución. En consecuencia, los procedimientos de reforma o enmienda constitucional que no se desarrollen conforme a las normas constitucionales que los regulan, o que versen sobre asuntos o materias que la Constitución expresamente prohíbe, son inconstitucionales y pueden ser controlados por la Jurisdicción Constitucional.

La competencia que se atribuye en forma expresa en algunas Constituciones, a los Tribunales Constitucionales o Salas Constitucionales de los Tribunales Supremos,

sin embargo, es sólo respecto del control de la constitucionalidad de los procedimientos relativos a las reformas o enmiendas constitucionales, como lo hacen las Constituciones de Bolivia, Colombia, Costa Rica y Chile. El tema de la competencia de los Tribunales constitucionales para el control de la constitucionalidad de carácter sustantivo de las reformas constitucionales, en cambio, no está regulado en forma expresa, y su procedencia sólo puede derivar de otras previsiones del texto expreso constitucional, como las establecidas en las cláusulas expresamente formuladas como pétreas e inmutables.

Por otra parte, el problema de la relación entre rigidez y reforma constitucional, sin embargo, como se dijo al inicio, deriva de la situación fronteriza entre el derecho y los hechos, en la cual se mueven. Por ello, no ha sido infrecuente en América Latina, que a pesar de las previsiones constitucionales, se hayan producido reformas parciales e incluso totales de los textos constitucionales sin seguirse los procedimientos prescritos para las reformas o enmiendas, originándose sin duda, inconstitucionalidades, que luego, por la fuerza de los hechos, han encontrado alguna legitimación política. El problema radica en la duración de la estabilidad constitucional que pueda derivarse de la supuesta legitimación y en el consenso que se haya podido haber obtenido para las reformas.

La historia demuestra que reformas impuestas por minorías o por mayorías circunstanciales sin que hayan sido producto de acuerdos, compromisos y consensos, es decir, de verdaderos pactos políticos, generalmente no tienen larga vida y las más de las veces, la vida que tienen termina estando vinculada a la vida política del o de los actores que las impusieron. Eso sucede con la Constitución venezolana de 1999, elaborada a la medida de un régimen autoritario.

§19. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD*

(Bogotá, junio 2005)

I. RIGIDEZ Y REVISIÓN CONSTITUCIONAL

1. La revisión constitucional entre el derecho y los hechos

Si algo caracteriza a las Constituciones rígidas es, precisamente, la previsión en sus textos de procedimientos específicos y, en general, complejos para llevar a cabo su revisión, sea a través de reformas generales o mediante enmiendas o modificaciones puntuales a sus previsiones. Normalmente estos procedimientos de revisión constitucional se han establecido desde el inicio de la aparición de los Estados o de su reconstitución, como producto de una Asamblea o Convención constituyente que en nombre del pueblo aprobó la Constitución.

El objetivo de estos procedimientos de revisión constitucional como parte del pacto político contenido en la Constitución, es la preservación del mismo, de manera que no puedan éstas ser modificadas unilateralmente por grupos aislados, sino mediante la participación de todas las fuerzas o componentes de la sociedad política. Por ello, incluso, ha sido común en los Estados federales que surgieron como consecuencia de un pacto político entre Estados, el establecer mecanismos para garantizar la participación de éstos en los procesos futuros de revisión constitucional. Así ocurrió, por ejemplo, en la misma Constitución Norteamericana con la cual se inició el federalismo mismo (Art. V) en 1787, en la cual se prevé la ratificación de las enmiendas por tres cuartas partes de las Asambleas legislativas de los Estados o por Convenciones (constituyentes) constituidas en tres cuartas partes de los Estados; y así también se estableció, veintidós años después, en la primera Constitución federal adoptada con posterioridad, la Constitución de los Estados de Venezuela de 1811, en la cual se previó la posibilidad de aprobar reformas por las dos terceras partes de las Legislaturas provinciales (Art. 135).

Los procedimientos de revisión constitucional en las Constituciones rígidas, por tanto, son procedimientos establecidos para proteger el pacto político constitucional

* Texto preparado para el Congreso sobre **Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad**, organizado por la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 14-17 de junio 2005. Para su elaboración hemos partido de las ideas que expusimos en la Ponencia sobre “Modelos de revisión constitucional en América Latina” que elaboramos para el **VI Congreso Mundial de Derecho Constitucional**, Asociación Internacional de Derecho Constitucional y Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Santiago de Chile, 11-16 enero, 2004, publicada en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, enero-diciembre 2003, n° 141, Año LXXV, 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

que contienen, de manera de evitar modificaciones unilaterales y al contrario, asegurar la participación de todos los componentes políticos de la sociedad. En principio, por tanto, las normas que los regulan tienen un marcado tinte conservador respecto de la Constitución y sus principios, por lo que los procedimientos establecidos para la revisión buscan lograr consensos.

Pero las Constituciones, como normas supremas reguladoras de la sociedad, en ningún caso pueden ser de carácter eterno ni estático, ni pueden pretender dejar políticamente congelada a la sociedad. Estas necesariamente cambian, como también cambian los sistemas políticos, por lo que la excesiva rigidez constitucional que impida la adaptación progresiva de la norma constitucional a la realidad, puede incluso conducir a lo contrario de lo perseguido, y provocar la consolidación de los cambios políticos por la vía de los hechos, los que luego consiguen en una u otra forma, alguna legitimación *ex post factum*.

La rigidez constitucional mediante la previsión de procedimientos específicos de revisión constitucional, por tanto, debe ser de tal naturaleza que el principio conservador del pacto político que estos buscan no sea el que conduzca por la vía de los hechos a su ruptura. Los principios y procedimientos de la revisión constitucional, por tanto, puede decirse que se mueven entre el conservadurismo y el cambio político, lo que es lo mismo que señalar que se mueven entre el derecho y los hechos.

Por tanto, si en una sociedad dada se producen cambios sustanciales de orden político y social, las normas relativas a la revisión constitucional o son capaces de canalizar las exigencias de los mismos y permiten la preservación del derecho o constituyen una resistencia insalvable que provoca la producción de los cambios pero por medio de los hechos. He allí el dilema de las previsiones constitucionales sobre procedimientos de revisión constitucional: que la excesiva rigidez del derecho puede conducir a su ruptura de hecho.

Ahora bien, todas las Constituciones de los países de América Latina fueron adoptadas a comienzos del Siglo XIX, con motivo de la declaración de independencia de España, por voluntad popular expresada a través de Congresos, Convenciones o Asambleas Constituyentes, las cuales en su momento asumieron el poder constituyente originario para la organización de los Estados con forma republicana.

Como constituciones rígidas, en ellas también se establecieron los procedimientos para su reforma o enmienda, como poder constituyente derivado, regulándose excepcionalmente la figura de la Convención o Asamblea Constituyente, como sólo sucedió en la Constitución Argentina (1853), la cual reguló una Convención (Art. 30) constituyente, adoptando la terminología de la Constitución Norteamericana.

En todo caso, las Constituciones del Siglo XIX, por supuesto, durante los casi doscientos años que nos separan de los movimientos independentistas, han sido objeto de múltiples reformas pero en ellas no necesariamente se han seguido y respetado los procedimientos previstos para el poder constituyente derivado que regulaban las Constituciones, al punto de que por ejemplo, en la actualidad, casi todas las Constituciones vigentes de América Latina han sido el producto de Asambleas o Convenciones Constituyentes, las cuales en su momento asumieron el poder constituyente sin que necesariamente hubieran estado reguladas expresamente en los textos constitucionales precedentes, tal y como recientemente ha sucedido, por ejemplo, en Colombia (1991), en Ecuador (1998) y en Venezuela (1999).

Las Asambleas Constituyentes, por tanto, como mecanismos fácticos de revisión constitucional no son extrañas en la historia constitucional de América Latina, y para darse cuenta de ello, bastaría con citar un solo ejemplo, el de Venezuela, donde en múltiples oportunidades se ha reformado la Constitución a través de dicho mecanismo de revisión constitucional sin que el mismo hubiese estado regulado jamás (hasta 1999) en el texto constitucional.

En efecto, en Venezuela, puede decirse que Asambleas Constituyentes, como cuerpos representativos convocados con el objeto de constituir un Estado, es decir, establecer inicialmente la organización política de una sociedad dada en un territorio determinado, en sentido estricto solo ha habido dos: el *Congreso General* de 1811 reunido en Caracas con el objeto de constituir el Estado venezolano independiente de la Corona Española con la sanción de la Constitución Federal para los Estados de Venezuela 21-12-1811; y el *Congreso Constituyente* convocado en la ciudad de Valencia, en 1830, para reconstituir el Estado venezolano separado de la Gran Colombia y sancionar la Constitución del Estado venezolano (22-9-1830). Pero estas no han sido las únicas Asambleas Constituyentes, pues a partir de 1830 se convocaron nueve más, pero con el objeto de *reconstituir* el sistema político y reformar la Constitución, lo que en toda la historia política venezolana, excepto con la Asamblea Constituyente de 1999, siempre ocurrió después de una ruptura violenta (guerra o revolución) de hilo constitucional.

En efecto, después de la reforma de la Constitución de 1830 por el Congreso en 1857 conforme al procedimiento previsto en la misma (Art. 227), al año siguiente y como consecuencia de un golpe de Estado (Revolución de Mazo), se convocó a una *Gran Convención Nacional* reunida en Valencia la cual sancionó la Constitución de 31-12-1858. Ello fue la antesala de las Guerras Federales, al final de las cuales dicha Constitución fue anulada (1862), convocándose una *Asamblea Constituyente* que se reunió en Caracas en 1864, la cual sancionó la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela (13-4-64), consolidándose la forma federal del Estado (1864-1901).

Después de múltiples vicisitudes políticas (Revolución de Azul de 1868 y Revolución de Abril de 1870) que afectaron la vigencia de la Constitución de 1864, el Congreso la modificó conforme a sus normas (Art. 122), en 1874 y 1881. En 1891 se produjo otra reforma, la cual fue cuestionada por la forma que se hizo, provocando en 1892, otra Revolución (Revolución Legalista) la cual condujo a la convocatoria de una *Asamblea Nacional Constituyente* que se reunió en Caracas, la cual sancionó la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1893 (21-6-1893).

Como consecuencia de otra Revolución (Revolución Liberal Restauradora), en 1900 se convocó otra *Asamblea Nacional Constituyente* que sancionó la Constitución de 1901 (29-3-01), con la que se inició el período del *Estado Centralizado Autocrático* (1901-1945). Esa Constitución, después de otra Revolución (Revolución Reivindicadora) fue nuevamente reformada en 1904 por el Congreso que asumió las funciones, facultades y derechos que correspondían al *Poder Constituyente*, sancionando la Constitución de 1904. Esta fue enmendada por el Congreso en 1909, pero en 1914, un *Congreso de Diputados Plenipotenciarios* convocado al efecto promulgó un Estatuto Constitucional Provisorio y luego sancionó la Constitución de 1914 (19-6-14). Dicha Constitución, como lo establecía su texto (Art. 130), fue posteriormente enmendada o reformada en múltiples ocasiones, en 1922, 1925, 1928, 1929, 1931, 1936 y 1945 (5-5-45).

Una nueva Revolución ocurrida en octubre de 1945 (Revolución de Octubre), con la cual se inició el proceso de establecimiento *Estado Democrático Centralizado*, condujo, al año siguiente a la convocatoria de una nueva *Asamblea Constituyente* que se reunió en Caracas y sancionó la Constitución de 1947 (5-7-47). Al año siguiente, sin embargo, se produjo otro golpe de Estado, instalándose un régimen militar que en 1953 convocó a otra *Asamblea Constituyente* de los Estados Unidos de Venezuela, la cual sancionó la Constitución de 1953 (15-4-53).

Luego de un nuevo golpe de Estado, el 23 de enero de 1958, una Junta Militar y la subsiguiente Junta de Gobierno asumieron el poder, continuando sin embargo en aplicación la Constitución de 1953 hasta que el *Congreso* electo en 1958, conforme a dicho texto (arts. 140 y ss.), reformó totalmente la Constitución, sancionando la Constitución del 23-1-61.

Cuarenta años después, en 1998, en medio de la crisis que todavía sacude al sistema político venezolano, resultaba inevitable la necesidad de una nueva reconstitución del sistema político y del Estado, para lo cual por primera vez en la historia de Venezuela, sin violencia, y luego de un proceso de interpretación judicial de la Constitución, en 1999 se procedió a convocar una *Asamblea Constituyente* en democracia, para precisamente evitar la ruptura violenta del hilo constitucional y reconstituir el sistema político en libertad.

El hilo constitucional, sin embargo, fue efectivamente roto, pero por la propia Asamblea Nacional Constituyente que fue la que al asumir sin autoridad alguna el “poder constituyente originario”, dio un golpe de Estado contra la Constitución de 1961 y contra los poderes constituidos, particularmente, contra los órganos de representación popular (Congreso y Asambleas legislativas de los Estados) que habían sido electos un año antes (1998). La nueva Constitución sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente, sin embargo, fue posteriormente aprobada mediante referéndum, con el cual se “legitimaría” el proceso constituyente precedente.

Las Constituciones pueden indicar expresamente, como por ejemplo lo dice el texto de la República Dominicana, que “la reforma de la Constitución sólo podrá hacerse en la forma que indica ella misma” (art. 120); pero lo cierto es que la revisión constitucional en América Latina, no siempre ha sido un proceso de jure, sino que en múltiples ocasiones ha sido producto de los hechos, cuyos resultados constitucionales luego han encontrado *ex post factum*, en una forma u otra, alguna vía de legitimación política.

Lo cierto, en todo caso, es que en casi 200 años de historia constitucional, en Venezuela por ejemplo, han funcionado diez Asambleas Constituyentes como mecanismos de revisión constitucional y ninguna había estado prevista en el texto constitucional precedente. La Constitución de 1999 ha sido por tanto, la primera en regular expresamente dicho modelo de revisión constitucional.

2. La constitucionalización del poder constituyente derivado y sus consecuencias

En todo caso, como se ha dicho, como todas las Constituciones rígidas del mundo contemporáneo, las Constituciones vigentes de los países de América Latina aprobadas en la forma escogida al sancionarse, establecen expresamente los procedi-

mientos de revisión constitucional con trámites que son distintos a los establecidos para las reformas de la legislación ordinaria.

En estos procedimientos, en general, se ha asegurado no sólo la participación de los órganos de representación popular (Congresos o Asambleas Legislativas) para la revisión constitucional sino, en la mayoría de los casos, se ha asegurado la participación directa del pueblo mediante un proceso de votación sea para la elección de una Convención o Asamblea Constituyente o para la aprobación mediante referendo o plebiscito de la reforma constitucional. Estos procedimientos de revisión constitucional, por supuesto, al estar expresamente regulados en la Constitución, están sometidos al cumplimiento de la normativa constitucional que lo regula. La supremacía constitucional por tanto, puede decirse que se aplica incluso, para el ejercicio del poder constituyente regulado en la propia Constitución.

Estos procedimientos de revisión constitucional, en todo caso, se han regulado como *formas específicas de manifestación del poder constituyente derivado*, que las Constituciones han establecido, en términos generales en tres formas, según (i) que el poder constituyente se ejerza directamente por el pueblo; o (ii) que su ejercicio, en representación del mismo, se haya otorgado a los órganos de representación popular (Congresos o Asambleas Legislativas); o (iii) que se haya otorgado a una Asamblea o Convención Constituyente convocada al efecto.

En algunos países, incluso, se han regulado estos tres procedimientos de revisión constitucional, en paralelo, tal y como sucede por ejemplo en Colombia, donde el artículo 374 de la Constitución establece que:

Art. 374. “La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una asamblea constituyente o por el pueblo mediante referendo”.

Lo que es claro de las Constituciones latinoamericanas es que los procedimientos de revisión constitucional que ellas regulan, dada su supremacía se han establecido con carácter obligatorio, razón por la cual en sus propios textos se niega valor a toda reforma constitucional realizada mediante procedimientos no previstos en la Constitución. De allí, por ejemplo, la tajante declaración antes citada de la Constitución de República Dominicana, cuyo artículo 120 dispone que:

Art. 120. La reforma de la Constitución sólo podrá hacerse en la forma que indica ella misma, y no podrá jamás ser suspendida ni anulada por ningún poder ni autoridad ni tampoco por aclamaciones populares.

En sentido algo similar, la Constitución de Venezuela establece en su artículo 333 que:

Art. 333. Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella.

En tal eventualidad todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

Sin embargo, debe señalarse que los procedimientos formales de revisión constitucional (reforma o enmienda) que analizaremos en detalle a continuación, no son los únicos previstos para la modificación de la Constitución y su adaptación a los cambios políticos y sociales.

La adaptación constitucional puede ocurrir, en efecto, mediante otros medios que la propia Constitución dispone para asegurar la mutación constitucional sin que se pongan en movimiento los instrumentos formales de revisión constitucional (enmiendas, reformas, asambleas constituyentes), como sucede cuando el texto constitucional regula la sanción de leyes especiales y específicas de rango constitucional para el desarrollo de determinadas materias de orden constitucional, como la descentralización política. Por ejemplo, en la Constitución de Venezuela de 1961 y en la vigente de 1999, se establece expresamente la atribución de competencias exclusivas en los tres niveles de gobierno (nacional, estatal y municipal) conforme al sistema federal de distribución vertical del Poder Público (arts. 156, 164 y 178), pero el artículo 157 de la misma Constitución establece que mediante ley, la Asamblea Nacional puede transferir a los Estados algunas de las competencias exclusivas del Poder Nacional. Cuando se dicta una ley de esta naturaleza, sin duda que se produce una modificación de la Constitución, autorizada en su mismo texto, pero mediante una forma distinta a la reforma o enmienda, es decir, mediante una ley que adquiere rango constitucional.

Otro ejemplo de modificación constitucional mediante mecanismos distintos a los procedimientos de reforma o enmienda, puede ocurrir mediante la aprobación legislativa de tratados internacionales en materia de derechos humanos y su ratificación, como puede suceder en Venezuela. En efecto, en este país no sólo se ha establecido en la Constitución el rango constitucional de los tratados en materia de derechos humanos ratificados por la República, sino su aplicación prevalente incluso respecto de la misma Constitución, cuando aquellos contengan previsiones más favorables al ejercicio y goce de los derechos humanos (Art. 23). En consecuencia, cuando se produce la aprobación legislativa de un tratado y su ratificación ejecutiva, si el mismo contiene normas en materia de derechos humanos más favorables a las establecidas en la Constitución, se produce una modificación automática de la misma, autorizada en el mismo texto.

Por supuesto, otro mecanismo para asegurar la mutación constitucional, lo constituye el desarrollo de las Jurisdicciones Constitucionales en América Latina, a través de la actuación de los Tribunales o Cortes Constitucionales o de las Salas Constitucionales de las Cortes Supremas de Justicia, con potestad constitucional para establecer interpretaciones vinculantes de la Constitución y sus principios. A través de la interpretación constitucional, por tanto, sin que la Constitución sea formalmente enmendada o reformada, se puede producir la adaptación de las disposiciones constitucionales formales a las nuevas exigencias políticas y sociales de una sociedad en un momento dado. El juez constitucional, por tanto, ciertamente que puede considerarse como un fenomenal instrumento de adaptación de la Constitución, y para el afianzamiento del Estado de derecho, pero también puede ser un instrumento diabólico de dictadura constitucional, no sometido a controles, cuando justifica todas las violaciones constitucionales que se producen en regímenes autoritarios o donde la separación de poderes no está realmente asegurada.

Por otra parte, tratándose de un poder constituyente derivado el que se regula en los propios textos constitucionales, el mismo tiene límites, no sólo en cuanto a los propios poderes que puede asumir el órgano constituyente en relación con los Poderes constituidos del Estado, sino en relación con las materias reformables o enmendables, por lo que muchas Constituciones, mediante cláusulas pétreas, excluyen de

toda reforma determinados principios y disposiciones que se declaran inmutables, y por tanto, irrevisables o irreformables.

Ahora bien, siendo la Constitución en los Estados constitucionales democráticos contemporáneos emanación de la soberanía popular, para el estudio comparativo de los procedimientos de revisión constitucional formalmente establecidos (reforma o enmienda), este estudio lo dividiremos en tres partes: en *primer lugar*, analizaremos los casos en los cuales la revisión constitucional se regula como poder atribuido al pueblo como partícipe en el poder constituyente derivado; en *segundo lugar*, estudiaremos los casos en los cuales la revisión constitucional se atribuye a los órganos constituidos del Estado, los cuales asumen entonces el poder constituyente derivado; y en *tercer lugar*, analizaremos los límites generales al poder constituyente derivado y el control de constitucionalidad.

II. EL PODER DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL ATRIBUIDO AL PUEBLO SOBERANO

En efecto, muchas Constituciones de América Latina regulan la revisión constitucional atribuyendo el poder constituyente derivado directamente al pueblo, el cual debe expresar su manifestación de voluntad mediante la aprobación de la reforma a través de una votación realizada por vía de un referendo, de un plebiscito o de una consulta popular. En algunos casos, la participación del pueblo como poder constituyente se establece en forma exclusiva, como único procedimiento de revisión constitucional (Uruguay); y en otros casos, se establece como una de las alternativas de revisión constitucional, conjuntamente con otros procedimientos. Es el caso, por ejemplo, de Venezuela, Colombia, Paraguay, Guatemala y Costa Rica, donde además se regula el funcionamiento de una Asamblea Constituyente; y del Perú, Cuba, Chile, Ecuador y Panamá, donde además se atribuye al órgano legislativo la potestad de aprobar la reforma constitucional. En Colombia, además del procedimiento de revisión constitucional mediante referendo, se regula la Asamblea Constituyente y los Actos Legislativos de reforma constitucional aprobados por el Congreso.

1. La revisión constitucional ejercida exclusivamente por el pueblo: el caso de Uruguay

En América Latina, sólo la Constitución de Uruguay atribuye al pueblo, en exclusividad, la posibilidad de aprobación de las reformas constitucionales mediante referendo. En efecto, el artículo 331 de la Constitución establece la posibilidad de su reforma total o parcial conforme a diversos procedimientos, los cuales siempre deben concluir con una aprobación de la misma mediante votación popular.

Los procedimientos para la reforma constitucional, por tanto, sólo varían según la iniciativa para la misma, que puede corresponder a la iniciativa popular, a la del órgano que ejerce el Poder Legislativo, o a los representantes en el mismo o al Poder Ejecutivo.

En primer lugar, se establece la posibilidad de que por iniciativa del diez por ciento de los ciudadanos, inscritos en el registro Cívico Nacional, se pueda presentar un

proyecto de articulado que se debe elevar al Presidente de la Asamblea General, debiendo ser **sometido a la decisión popular**, en la elección más inmediata. En este caso, la Asamblea General, en reunión de ambas Cámaras puede formular proyectos sustitutivos que debe someter a la decisión plebiscitaria, juntamente con la iniciativa popular.

Para que el plebiscito sea afirmativo en este caso, se requiere que vote por "Sí" la mayoría absoluta de los ciudadanos que concurran a los comicios, la que debe representar por lo menos, el treinta y cinco por ciento del total de inscritos en el registro Cívico Nacional.

En este caso sólo se deben someter a la ratificación plebiscitaria simultánea a las más próximas elecciones, los proyectos que hubieren sido presentados con seis meses de anticipación -por lo menos- a la fecha de aquellas, o con tres meses para las fórmulas sustitutivas que aprobare la Asamblea General. Los que se presenten después de tales términos, se deben someter al **plebiscito** conjuntamente con las elecciones subsiguientes.

En *segundo lugar*, la revisión constitucional puede ser iniciativa de la Asamblea General, en cuyo caso, el artículo 331 establece dos procedimientos de reforma constitucional: mediante la aprobación de proyectos de reforma o mediante la aprobación de leyes constitucionales.

A. Iniciativa mediante proyectos de reforma constitucional

El inciso B del artículo 331 dispone que la Asamblea General también puede elaborar proyectos de reforma constitucional que deben reunir dos quintos del total de componentes de la Asamblea general, presentados al Presidente de la misma, los cuales deben ser sometidos al **plebiscito en la primera elección** que se realice.

Para que en este caso el plebiscito sea afirmativo también se requiere que vote por "Sí" la mayoría absoluta de los ciudadanos que concurran a los comicios, la cual también debe representar por lo menos, el treinta y cinco por ciento del total de inscritos en el registro Cívico Nacional.

En este caso sólo se deben someter a la ratificación plebiscitaria simultánea a las más próximas elecciones, los proyectos que hubieren sido presentados con seis meses de anticipación -por lo menos- a la fecha de aquellas. Los que se presenten después de tales términos, se deben someter al plebiscito conjuntamente con las elecciones subsiguientes.

B. Iniciativa mediante leyes constitucionales

El inciso D del mismo artículo 331 de la Constitución dispone que la Constitución también puede ser reformada por leyes constitucionales para cuya sanción se requieren los dos tercios del total de componentes de cada una de las Cámaras dentro de una misma Legislatura. Las leyes constitucionales no pueden ser vetadas por el Poder Ejecutivo y entran en vigencia luego que el **electorado convocado especialmente** en la fecha que la misma ley determine, exprese su conformidad por mayoría

absoluta de los votos emitidos y serán promulgadas por el Presidente de la Asamblea General.

En *tercer lugar*, la iniciativa de la reforma puede partir del Poder Ejecutivo o de representantes ante la Asamblea General mediante la convocatoria de una Convención Nacional Constituyente. En tal caso, el inciso C del mismo artículo 331 de la Constitución dispone que los Senadores, los Representantes y el Poder Ejecutivo también pueden presentar proyectos de reforma, los cuales deben ser aprobados por mayoría absoluta del total de los componentes de la Asamblea General. Si el proyecto fuere desechado el mismo no podrá reiterarse hasta el siguiente período legislativo, debiendo observar las mismas formalidades.

Ahora bien, aprobada la iniciativa y promulgada por el Presidente de la Asamblea General, el Poder Ejecutivo debe convocar, dentro de los noventa días siguientes, a elecciones de una Convención Nacional Constituyente que debe deliberar y resolver sobre las iniciativas aprobadas para reforma, así como sobre las demás que puedan presentarse ante la Convención.

A los efectos de la elección de la Convención Nacional Constituyente, el artículo 331 de la Constitución dispone que el número de convencionales será el doble del de Legisladores, debiendo elegirse conjuntamente suplentes en número doble al de convencionales; siendo las condiciones de elegibilidad, inmunidades e incompatibilidades, las mismas que rigen para los Representantes. La elección debe realizarse por listas departamentales, rigiéndose por el sistema de la representación proporcional integral y conforme a las leyes vigentes para la elección de Representantes.

La Convención se debe reunir dentro del plazo de un año, contado desde la fecha en que se haya promulgado la iniciativa de reforma. Sus resoluciones deben tomarse por mayoría absoluta del número total de convencionales, debiendo terminar sus tareas dentro del año contado desde la fecha de su instalación. El proyecto o proyectos redactados por la Convención deben ser comunicados al Poder ejecutivo para su inmediata y profusa publicación.

El proyecto o proyectos redactados por la Convención deben ser **ratificados por el Cuerpo Electoral** convocado al efecto por el Poder Ejecutivo, en la fecha que haya indicado la Convención Nacional Constituyente.

En este caso, los votantes también deben expresarse por "Sí" o por "No" y si fueran varios los textos de enmiendas, se deben pronunciar por separado sobre cada uno de ellos. A tal efecto, la Convención Constituyente debe agrupar las reformas que por su naturaleza exijan pronunciamiento de conjunto. Sin embargo, un tercio de miembros de la Convención puede exigir el pronunciamiento por separado de uno o varios textos.

La reforma o reformas deben ser aprobadas por mayoría de sufragios, en número no inferior al treinta y cinco por ciento de los ciudadanos inscritos en el registro Cívico Nacional.

Por último debe señalarse que en todos los procedimientos de reforma constitucional antes indicados, si la convocatoria del Cuerpo Electoral para la ratificación de las enmiendas coincidiera con alguna elección de integrantes de órganos del Estado, los ciudadanos deben expresar su voluntad sobre las reformas constitucionales, en documento separado y con independencia de las listas de elección. Cuando las reformas se refieran a la elección de cargos electivos, al ser sometidas al plebiscito,

simultáneamente se debe votar para esos cargos por el sistema propuesto y por el anterior, teniendo fuerza imperativa la decisión plebiscitaria.

2. La revisión constitucional ejercida por el pueblo (en forma no exclusiva) como alternativa entre otros procedimientos

Salvo el caso del Uruguay donde siempre se requiere la participación popular para la aprobación de las reformas constitucionales, en los otros países latinoamericanos en los cuales se regula la participación del pueblo en el proceso de revisión constitucional, ello se establece con excepciones o en paralelo a otros procedimientos de revisión los cuales se realizan sin la aprobación popular de las reformas. Es el caso, por ejemplo, de Venezuela, Colombia, Paraguay, Guatemala y Costa Rica, donde además se regula el funcionamiento de una Asamblea Constituyente; y del Perú, Cuba Chile, Ecuador y Panamá, donde además se atribuye al órgano legislativo la potestad de aprobar la reforma constitucional. En Colombia, además del procedimiento de revisión constitucional mediante referendo, se regula la Asamblea Constituyente y los Actos Legislativos de reforma constitucional aprobados por el Congreso.

A. El referendo constitucional y su excepción en el Perú

La iniciativa de reforma constitucional en el Perú corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral

De acuerdo con el Artículo 206 de la Constitución del Perú, toda reforma constitucional debe ser sometida a la consideración del Congreso, órgano que debe aprobarla con mayoría absoluta del número legal de sus miembros y **ratificada mediante referéndum**.

Sin embargo, dispone la misma norma que puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtenga en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

En todo caso, la ley de reforma constitucional no puede ser observada (objetada) por el Presidente de la República.

B. El referendo aprobatorio de reformas constitucionales en Colombia

En el caso de Colombia, como se dijo, el artículo 374 de la Constitución establece que la misma puede ser reformada mediante tres procedimientos: por el Congreso, mediante la sanción de actos legislativos; por una Asamblea Constituyente convocada al efecto o por el pueblo mediante referendo.

En los casos de aprobación de reformas constitucionales por el pueblo mediante referendo, la convocatoria al mismo debe realizarse en dos casos: en primer lugar, en algunos casos de reformas aprobadas por el Congreso mediante actos legislativos

referidas a determinadas materias; y en segundo lugar, cuando para ello se produzca una iniciativa gubernamental o popular.

En efecto, en **primer lugar**, el artículo 377 de la Constitución exige que deben someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso mediante acto legislativo, cuando se refieran: 1) a los derechos reconocidos en el capítulo 1 del título II de la Constitución y a sus garantías, 2) a los procedimientos de participación popular, o 3) al Congreso; Y, además, si dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del acto legislativo, así lo solicita un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. En este caso, la reforma se debe entender derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral.

En **segundo lugar**, conforme al artículo 378 de la Constitución, por iniciativa del gobierno o de los ciudadanos en las condiciones establecidas en el artículo 155 de la Constitución, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de miembros de ambas Cámaras, puede someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. En este caso, el referendo debe ser presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente.

La aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de éstos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral.

Conforme al artículo 379 de la Constitución, en todos estos casos de actos legislativos, de convocatoria a referendo, o de consulta popular, los mismos sólo pueden ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el Título XIII de la Constitución en el cual se regula la reforma constitucional. La acción pública contra estos actos sólo procede dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2 de la propia Constitución.

C. El referendo aprobatorio de las enmiendas y reformas constitucionales en Venezuela

En el caso de Venezuela, la revisión constitucional se puede realizar mediante la adopción de enmiendas y reformas que siempre requieren de la aprobación popular por la vía de referendo, o a través de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente.

En efecto, en **primer lugar**, los artículos 340 y 341 de la Constitución regulan las **Enmiendas constitucionales**, las cuales deben tener por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de esta Constitución, sin alterar su estructura fundamental; debiendo tramitarse conforme al artículo 341, en la forma siguiente:

1. La iniciativa puede partir del quince por ciento de los ciudadanos inscritos en el Registro Civil y Electoral; o de un treinta por ciento de los integrantes de la Asamblea Nacional o del Presidente de la República en Consejo de Ministros.
2. Cuando la iniciativa parta de la Asamblea Nacional, la enmienda requiere la aprobación de ésta por la mayoría de sus integrantes y se debe discutir, según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de leyes.

3. El Poder Electoral debe someter a referendo las enmiendas a los treinta días siguientes a su recepción formal.
4. Se consideran aprobadas las enmiendas de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley relativa al referendo aprobatorio.
5. Las enmiendas deben ser numeradas consecutivamente y se deben publicar a continuación de la Constitución sin alterar su texto, pero anotando al pie del artículo o artículos enmendados la referencia de número y fecha de la enmienda que lo modificó.

El Presidente de la República está obligado a promulgar las enmiendas dentro de los diez días siguientes a su aprobación. Si no lo hiciere, se aplicará lo previsto en la Constitución (Art. 346). En este último caso, se aplica el artículo 216 de la Constitución, el cual establece la obligación del Presidente y de los Vicepresidentes de la Asamblea Nacional de promulgar la ley cuando el Presidente de la República no lo hiciere en los lapsos respectivos.

En **segundo lugar**, en cuanto a las **Reformas constitucionales**, conforme al artículo 342 de la Constitución, las mismas tienen por objeto una revisión parcial de la misma y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional.

La iniciativa de la Reforma puede ser tomada por la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; por el Presidente de la República en Consejo de Ministros; o por un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral.

El artículo 343 de la Constitución regula el trámite de la iniciativa de reforma constitucional por la Asamblea Nacional en la forma siguiente:

1. El proyecto de reforma constitucional debe tener una primera discusión en el período de sesiones correspondiente a la presentación del mismo.
2. Una segunda discusión por Título o Capítulo, según fuera el caso.
3. Una tercera y última discusión artículo por artículo.
4. La Asamblea Nacional debe aprobar el proyecto de reforma constitucional en un plazo no mayor de dos años, contados a partir de la fecha en la cual conoció y aprobó la solicitud de reforma.
5. El proyecto de reforma se debe considerar aprobado con el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea Nacional.

El proyecto de reforma constitucional aprobado por la Asamblea Nacional, conforme lo exige el artículo 344 de la Constitución, debe ser sometido a referendo dentro de los treinta días siguientes a su sanción. El referendo se debe pronunciar en conjunto sobre la reforma, pero puede votarse separadamente hasta una tercera parte de ella, si así lo aprobara un número no menor de una tercera parte de la Asamblea Nacional o si en la iniciativa de reforma así lo hubiere solicitado el Presidente de la República o un número no menor del cinco por ciento de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral.

La Reforma constitucional se debe declarar aprobada si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos. La iniciativa de reforma constitucional que no sea aprobada no puede presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional (Art. 345).

El Presidente de la República está obligado a promulgar las reformas dentro de los diez días siguientes a su aprobación. Si no lo hiciera, se aplicará lo previsto en la Constitución (Art. 346). En este caso, igual que en las enmiendas, se aplica el artículo 216 de la Constitución.

D. El referendo aprobatorio de las enmiendas constitucionales en Paraguay

Además del procedimiento para la reforma de la Constitución que se atribuye a una Convención Nacional Constituyente, la Constitución del Paraguay regula el procedimiento de la enmienda, que debe ser aprobada mediante referendo.

A tal efecto, el artículo 290 de la Constitución establece que transcurridos tres años de promulgada esta Constitución, podrán realizarse enmiendas a iniciativa de la cuarta parte de los legisladores de cualquiera de las Cámaras del Congreso, del Presidente de la República o de treinta mil electores, en petición firmada.

El texto íntegro de la enmienda debe ser aprobado por mayoría absoluta tanto en la Cámara de origen como en la Cámara revisora. Si en cualquiera de las Cámaras no se reuniese la mayoría requerida para su aprobación, se debe tener por rechazada la enmienda, no pudiendo volver a presentarse dentro del término de un año.

Aprobada la enmienda por ambas Cámaras del Congreso, su texto debe remitirse al Tribunal Superior de Justicia Electoral para que, dentro del plazo de ciento ochenta días, se convoque a un **referéndum**. Si el resultado de este es afirmativo, la enmienda quedará sancionada y promulgada, incorporándose al texto constitucional. Si la enmienda es derogatoria, no podrá promoverse otra sobre el mismo tema antes de tres años.

No se utilizará el procedimiento indicado de la enmienda, sino el de la reforma, para aquellas disposiciones que afecten el modo de elección, la composición, la duración de mandatos o las atribuciones de cualquiera de los poderes del Estado, o las disposiciones de los Capítulos I, II, III y IV del Título II, de la Parte I, referidos a derechos y garantías constitucionales, específicamente, el derecho a la vida, el derecho a un ambiente sano, el derecho a la protección de la libertad y seguridad personales, el derecho a la igualdad, y finalmente, los derechos de la familia.

E. El referendo aprobatorio de reformas constitucionales sobre cuestiones fundamentales en Cuba

De acuerdo con el artículo 137 de la Constitución de Cuba, corresponde a la Asamblea Nacional del Poder Popular la aprobación de las reformas constitucionales; sin embargo, si la reforma se refiere a la integración y facultades de la Asamblea Nacional del Poder Popular o de su Consejo de Estado o a los derechos y deberes consagrados en la Constitución, la misma requiere, además, la ratificación por el voto favorable de la mayoría de los ciudadanos con derecho electoral, en referendo convocado al efecto por la propia Asamblea.

F. La aprobación popular de reformas constitucionales en determinadas cuestiones constitucionales en Guatemala

En la Constitución de Guatemala se establecen dos procedimientos para las reformas constitucionales según la parte de la Constitución que deba ser objeto de la reforma: en primer lugar, si se trata de reformar el artículo 278 (que la regula la misma reforma constitucional) o cualesquiera de los artículos contenidos en el Capítulo I del Título II de la Constitución (Capítulo que regula los derechos individuales), la reforma debe hacerse mediante una Asamblea Nacional Constituyente; y en segundo lugar, si se trata de cualquier otra reforma constitucional, conforme al artículo 280 de la Constitución, es necesario que las reformas las apruebe el Congreso de la República con el voto afirmativo de las dos terceras partes del total de diputados, pero las mismas sólo pueden entrar en vigencia una vez que sean ratificadas mediante la **consulta popular** a que se refiere el artículo 173 de la Constitución, el cual regula el procedimiento consultivo a que deben ser sometidas las decisiones políticas de especial trascendencia.

El mismo artículo 280 dispone que si el resultado de la consulta popular fuere de ratificación de la reforma, ésta entrará en vigencia sesenta días después que el Tribunal Supremo Electoral anuncie el resultado de la consulta.

G. El plebiscito aprobatorio de reformas constitucionales en caso de desacuerdo entre los poderes del Estado en Chile

En Chile, los artículos 116 y siguientes de la Constitución le atribuyen en general al Congreso Nacional la potestad de aprobar las reformas constitucionales. Ahora bien, una vez aprobado el Proyecto de reforma, el mismo debe ser enviado al Presidente de la República para su promulgación, quien puede rechazarlo, en cuyo caso, si el Congreso insiste en el proyecto, el Presidente debe promulgarlo, a menos que **consulte a la ciudadanía mediante plebiscito**.

Igualmente, en caso de que el Presidente formule observaciones parciales a un proyecto de reforma constitucional aprobado por el Congreso, en caso de que ambas Cámaras insistieren en la parte del proyecto aprobado por ellas, se debe devolver al Presidente para su promulgación la parte del proyecto que haya sido objeto de insistencia, salvo que éste **consulte a la ciudadanía** para que se pronuncie mediante un plebiscito, respecto de las cuestiones en desacuerdo.

Conforme al artículo 119 de la Constitución, la **convocatoria a plebiscito** debe efectuarse dentro de los treinta días siguientes a aquél en que ambas Cámaras insistan en el proyecto aprobado por ellas, y se debe ordenar mediante decreto supremo en el cual se debe que fijar la fecha de la votación plebiscitaria, la que no podrá tener lugar antes de treinta días ni después de sesenta, contado desde la publicación de dicho decreto. Transcurrido este plazo sin que el Presidente convoque a plebiscito, se promulgará el proyecto que hubiere aprobado el Congreso.

El decreto de convocatoria debe contener, según corresponda, el proyecto aprobado por el Congreso Pleno y vetado totalmente por el Presidente de la República, o las cuestiones del proyecto en las cuales el Congreso haya insistido. En este último

caso, cada una de las cuestiones en desacuerdo deberá ser votada separadamente en el plebiscito.

El Tribunal Calificador deba comunicar al Presidente de la República el resultado del plebiscito, y debe especificar el texto del proyecto aprobado por la ciudadanía, el que debe ser promulgado como reforma constitucional dentro de los cinco días siguientes a dicha comunicación. Una vez promulgado el proyecto y desde la fecha de su vigencia, sus disposiciones formarán parte de la Constitución y se deben tender por incorporadas a ésta.

H. La consulta popular de aprobación de reformas constitucionales en caso de urgencia o de abstención del Congreso en Ecuador

De acuerdo con el artículo 280 de la Constitución Política del Ecuador, la misma puede ser reformada por el Congreso Nacional o mediante consulta popular.

El sometimiento a consulta popular de la aprobación de reformas constitucionales, conforme al artículo 283 de la Constitución, se puede producir cuando así lo haga el Presidente de la República en casos de urgencia, los cuales deben ser calificados previamente por el Congreso Nacional con el voto de la mayoría de sus integrantes.

Además, también procede la realización de la consulta popular, cuando los proyectos de reforma se presenten ante el Congreso Nacional y éste no los haya conocido, aprobado o negado en un término de ciento veinte días contados a partir del vencimiento del plazo de un año, que se establece en el artículo 282 para dar comienzo al segundo debate para la aprobación de las reformas (Art. 283).

En ambos casos se debe poner en consideración del electorado los textos concretos de la reforma constitucional los cuales, de ser aprobados, se incorporan inmediatamente a la Constitución.

I. La aprobación popular de reformas constitucionales en caso de desacuerdo entre dos legislaturas en Panamá

El artículo 308 de la Constitución de Panamá establece que a iniciativa de la Asamblea Legislativa, el Consejo de Gabinete o la Corte Suprema de Justicia, se puede iniciar el procedimiento de reforma constitucional, el cual necesariamente conlleva la consideración y aprobación por la Asamblea Legislativa de un Acto Legislativo con mayorías calificadas en dos Legislaturas subsiguientes. Si en la segunda Legislatura no se producen modificaciones, la reforma se considera aprobada; en cambio, si en esa segunda Legislatura se introducen modificaciones, entonces se requiere la aprobación popular mediante referendo de la reforma constitucional, sin que en la segunda el proyecto de reforma sufra modificación.

El mismo artículo 308 de la Constitución regula este procedimiento al establecer que la reforma constitucional puede ser aprobada por un Acto Legislativo aprobado en tres debates por la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa, en una legislatura, y aprobado igualmente, en tres debates, por mayoría absoluta de los miembros de la mencionada Asamblea, en la legislatura inmediatamente siguiente. En ésta se puede modificar el texto aprobado en la legislatura anterior.

El Acto Legislativo aprobado de esta forma debe ser publicado en la Gaceta Oficial y sometido a **consulta popular directa mediante referéndum** que se debe celebrar en la fecha que señale la Asamblea Legislativa, dentro de un plazo que no puede ser menor de tres meses ni exceder de seis meses, contados desde la aprobación del Acto Legislativo por la segunda legislatura.

El Acto Legislativo aprobado con arreglo al procedimiento señalado, empezará a regir a partir de su publicación en la Gaceta Oficial, la cual debe hacerse por el Órgano Ejecutivo, dentro de los treinta días hábiles siguientes a su aprobación mediante referéndum, según fuere el caso, sin que la publicación posterior a dichos plazos sea causa de inconstitucionalidad.

J. La aprobación por referendo en las reformas parciales por acuerdo de la Asamblea Legislativa en Costa Rica.

En Costa Rica se distinguen dos procedimientos para la reforma constitucional, según se trate de reforma general en cuyo caso se atribuye a una Asamblea Nacional Constituyente, o de una reforma parcial, que se sigue ante el órgano del Poder legislativo. En este procedimiento para la reforma parcial, dispone el artículo 8 de la Constitución que de conformidad con el artículo 105 del mismo texto, las reformas constitucionales **podrán someterse a referéndum** después de ser aprobadas en una legislatura y antes de la siguiente, si lo acuerdan las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa.

III. EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO ATRIBUIDO A ÓRGANOS CONSTITUIDOS DEL ESTADO

Aparte de atribuir directamente el poder constituyente derivado al pueblo soberano, otras Constituciones de América latina atribuyen tal poder a diversos órganos del Estado, de carácter representativos: sea un órgano especialmente concebido para ello, como son las Asambleas o Convenciones constituyentes; sea los órganos legislativos del Estado (órganos constituidos) mediante procedimientos específicos.

En efecto, en *primer lugar*, muchas otras Constituciones regulan el poder constituyente derivado atribuyéndolo a una Convención o Asamblea Constituyente, sea como procedimiento exclusivo de reforma constitucional como sucede en Argentina; como procedimiento exclusivo para las reformas constitucionales o reformas totales, distintas a las enmiendas, como sucede en Bolivia, Costa Rica, Paraguay y Nicaragua; como procedimiento exclusivo para la reforma de determinadas normas de la Constitución, como sucede en Guatemala; o en combinación con otros procedimientos de revisión constitucional como el referendo popular, como sucede en Colombia y Venezuela.

En *segundo lugar*, otras Constituciones atribuyen el ejercicio del poder constituyente derivado a los órganos que ejercen el Poder Legislativo, como los Congresos o Asambleas legislativas, en algunos casos en forma exclusiva, como sucede El Salvador, y como también sucede en México pero combinando la participación de los órganos legislativos Federal y de los Estados federados; y en otros casos, como al-

ternativa de reforma respecto de otros procedimientos como el referendo, como sucede en Panamá, Colombia, Cuba, Chile y Ecuador; o como la Asamblea Constituyente, como sucede en Bolivia, Colombia, Costa Rica y Nicaragua. En todo caso, además, sean cuales fueren los procedimientos de revisión constitucional, en una u otra forma siempre tienen participación los órganos de representación popular.

1. El poder de revisión constitucional ejercido por una Asamblea o Convención Constituyente

En muchos países de América Latina, como se ha dicho, se ha regulado el poder constituyente derivado atribuyendo su ejercicio conforme a la Constitución, a una Convención o Asamblea Constituyente, sea como procedimiento exclusivo de reforma constitucional como sucede en Argentina; como procedimiento exclusivo para las reformas constitucionales o reformas totales, distintas a las enmiendas, como sucede en Bolivia, Costa Rica, Paraguay y Nicaragua; como procedimiento exclusivo para la reforma de determinadas normas de la Constitución, como sucede en Guatemala; o en combinación con otros procedimientos de revisión constitucional como el referendo popular, como sucede en Colombia y Venezuela.

A. La revisión constitucional ejercida exclusivamente por una Asamblea o Convención Constituyente

a. *La Asamblea Constituyente con competencia exclusiva en toda reforma constitucional: La Convención Constituyente de Argentina*

En Argentina, la Constitución puede reformarse en todo o en cualquiera de sus partes. Para ello el artículo 30 de la misma, establece dos fases que deben cumplirse: primero, tiene que producirse una declaratoria de la necesidad de reforma por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; y segundo, una vez que se produce tal declaratoria, la reforma sólo puede efectuarse por una Convención convocada al efecto.

b. *La Asamblea Constituyente con competencia exclusiva para reformas constitucionales (distintas a las enmiendas)*

a'. La Asamblea Constituyente en Bolivia

En la reforma constitucional efectuada en febrero de 2004 en Bolivia, se creó la figura de la Asamblea Constituyente como uno de los medios mediante los cuales el pueblo delibera y gobierna (art. 4); estableciéndose específicamente como potestad privativa de la misma la “reforma total de la Constitución Política del Estado” (art. 232). A tal efecto, la Asamblea Constituyente debe ser convocada por Ley Especial de convocatoria, en la cual se deben señalar las formas y modalidades de la elección de los constituyentes, debiendo ser sancionada por dos tercios de votos de los miembros presentes en el Congreso Nacional. Dicha Ley y no puede ser vetada por el Presidente de la República.

b'. La Asamblea Constituyente de Costa Rica para las reformas generales

En Costa Rica, el artículo 196 de la Constitución dispone expresamente que la reforma general de la Constitución, sólo puede hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto. Tal convocatoria debe hacerse mediante una ley aprobada por votación no menor de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa y no requiere sanción del Poder Ejecutivo.

c'. La Convención Nacional Constituyente de Paraguay para las reformas constitucionales

La Constitución de Paraguay distingue entre la reforma y la enmienda como procedimientos para la revisión constitucional, atribuyendo la primera a una Convención Nacional Constituyente, y la segunda a la aprobación por referendo.

En cuanto al procedimiento de la reforma mediante Convención Nacional Constituyente, el mismo debe utilizarse necesariamente para la reforma de aquellas disposiciones que afecten el modo de elección, la composición, la duración de mandatos a las atribuciones de cualquiera de los poderes del Estado, o las disposiciones de los Capítulos I, II, III y IV del Título II, de la Parte I, referidos a derechos y garantías constitucionales, específicamente, el derecho a la vida, el derecho a un ambiente sano, el derecho a la protección de la libertad y seguridad personales, el derecho a la igualdad, y finalmente, los derechos de la familia.

Ahora bien, dispone el artículo 289 de la Constitución que la reforma sólo procede luego de diez años de la promulgación de la Constitución; y la pueden solicitar el veinticinco por ciento de los legisladores de cualquiera de las Cámaras del Congreso, el Presidente de la República o treinta mil electores, en petición firmada. Se requiere, sin embargo, una declaración de la necesidad de la reforma que debe ser aprobada por mayoría absoluta de dos tercios de los miembros de cada Cámara del Congreso.

Una vez decidida la necesidad de la reforma, el Tribunal Superior de Justicia Electoral debe llamar a elecciones de una Convención Nacional Constituyente dentro del plazo de ciento ochenta días, en comicios generales que no coincidan con ningún otro.

El número de miembros de la Convención Nacional Constituyente no puede exceder del total de los integrantes del Congreso; y sus condiciones de elegibilidad, así como la determinación de sus incompatibilidades, deben ser fijadas por ley. Los convencionales tendrán las mismas inmunidades establecidas para los miembros del Congreso.

Sancionada la nueva Constitución por la **Convención** Nacional Constituyente, queda promulgada de pleno derecho.

d'. La Asamblea Nacional Constituyente para la reforma total de la Constitución en Nicaragua

La Constitución de Nicaragua establece dos procedimientos de reforma constitucional, según se trate de reformas parciales o totales. Las reformas parciales se atri-

buyen a la Asamblea Nacional, así como la potestad para conocer y resolver sobre la iniciativa de reforma total de la misma con el voto de la mitad más uno de los diputados de la Asamblea Nacional (Art. 191).

El artículo 193 de la Constitución dispone que la iniciativa de reforma total corresponde a la mitad más uno de los diputados de la Asamblea Nacional (Art. 191), y su aprobación requiere el voto de los dos tercios del total de los diputados (Art. 192).

Una vez aprobada la iniciativa de reforma total, la Asamblea Nacional debe fijar un plazo para la convocatoria de elecciones de Asamblea Nacional Constituyente. La Asamblea Nacional conserva su mandato hasta la instalación de la nueva Asamblea Nacional Constituyente.

En todo caso, dispone expresamente el artículo 194 de la Constitución, que “mientras no se apruebe por la Asamblea Nacional Constituyente la nueva Constitución, seguirá en vigencia la presente Constitución”.

c. *La Asamblea Constituyente con competencia exclusiva en determinadas materias de reformas constitucionales*

a’. La Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala

De acuerdo con el artículo 277 de la Constitución, tienen iniciativa para proponer reformas a la Constitución el Presidente de la República en Consejo de Ministros; diez o más diputados al Congreso de la República; la Corte de Constitucionalidad; y el pueblo mediante petición dirigida al Congreso de la República, por no menos de cinco mil ciudadanos debidamente empadronados por el Registros de Ciudadanos.

La competencia para resolver sobre las reformas constitucionales se atribuye en la Constitución, según los artículos constitucionales a reformar, tanto al Congreso con aprobación popular como a una Asamblea Nacional Constituyente.

En particular, cuando se trate de la reforma del artículo 278 (que regula precisamente la Asamblea Nacional Constituyente) así como de cualquier artículo de los contenidos en el Capítulo I del Título II de la Constitución (que se refieren a los derechos individuales), es indispensable que el Congreso de la República, con el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros que lo integran, convoque a una Asamblea Nacional Constituyente.

En el decreto de convocatoria el Congreso debe señalar el artículo o los artículos que hayan de revisarse y se comunicar al Tribunal Supremo Electoral para que fije la fecha en que se deban llevar a cabo las elecciones dentro del plazo máximo de ciento veinte días, procediéndose en lo demás conforme a la Ley Electoral Constitucional.

El artículo 279 de la Constitución precisa que las calidades requeridas para ser diputado a la Asamblea Nacional Constituyente son las mismas que se exigen para ser Diputado al Congreso y los diputados constituyentes gozarán de iguales inmunidades y prerrogativas. Sin embargo, no se puede ser simultáneamente diputado a la Asamblea Nacional Constituyente y al Congreso de la República. Las elecciones de diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, el número de diputados a elegir y

las demás cuestiones relacionadas, con el proceso electoral se normarán en igual forma que las elecciones al Congreso de la República.

En cuanto al funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, conforme se establece en el mismo artículo 279 de la Constitución, “la Asamblea Nacional Constituyente y el Congreso de la República podrán funcionar simultáneamente”.

b'. La Asamblea Nacional Constituyente en Venezuela para transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico

En Venezuela y en la misma orientación de la experiencia colombiana de 1991, en 1999 se sometió a referendo consultivo el tema de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente como instrumento de revisión constitucional, sin que el texto de la Constitución vigente de 1961 regulara en forma alguna dicho procedimiento de revisión constitucional. En todo caso, al igual que en Colombia, luego de un intenso debate sobre el tema y de decisiones de la jurisdicción constitucional, la Asamblea Nacional Constituyente fue electa, y en el texto de la Constitución que sancionó y que fue sometida a un referendo aprobatorio, se reguló expresamente este procedimiento de revisión constitucional, paralelamente a los de la Enmienda y la Reforma con referendos aprobatorios.

En efecto, el artículo 347 de la Constitución comienza por precisar que “el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario” y que “en ejercicio de dicho poder”, el pueblo “puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”. Con esta declaración expresa, la Constitución de 1999 eliminó toda discusión sobre si la Asamblea Nacional Constituyente, una vez electa, pudiese o no asumir el poder constituyente originario o sólo tendría un poder constituyente derivado. Esta discusión en cambio fue la que precisamente presidió el funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, la cual se arrogó tal poder constituyente originario, dando entonces un golpe de Estado. El texto constitucional que sancionó, en cambio, eliminó toda posibilidad de que la Asamblea Nacional Constituyente usurpe el poder constituyente originario que sólo lo tiene el pueblo.

Ahora bien, conforme al artículo 348 de la Constitución, la iniciativa para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente la puede tomar el Presidente de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; los Concejos Municipales en cabildo, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; o el quince por ciento de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral.

Durante su funcionamiento como mecanismo de revisión constitucional con el único objeto “de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución” (Art. 347), “los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente” (Art. 349).

Por otra parte, dispone el artículo 349 de la Constitución, que el Presidente de la República no puede objetar la nueva Constitución; la cual una vez promulgada, debe publicarse en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o en la Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente.

B. La Asamblea Constituyente con competencia (no exclusiva) alternativa entre otros procedimientos de revisión constitucional:
la Asamblea Constituyente en Colombia

La Constitución colombiana de 1991, producto de una Asamblea Constituyente que en su momento fue convocada sin que dicho poder constituyente estuviese regulado expresamente en la Constitución, ha regulado en cambio, en forma expresa y como alternativa para la revisión constitucional, además del referendo aprobatorio y de los actos legislativos emanados del Congreso, el procedimiento a través de una Asamblea Constituyente.

En efecto, el artículo 376 de la Constitución dispone que mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra cámara del Congreso, éste puede disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una asamblea constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine.

Se debe entender que el pueblo convoca la asamblea, si así lo aprueba, cuando menos, una tercera parte de los integrantes del censo electoral. En tal caso, la asamblea debe ser elegida por el voto directo de los ciudadanos, en acto electoral que no puede coincidir con otro.

En este caso de convocatoria de una Asamblea Constituyente para la revisión constitucional, entonces la Asamblea asume en exclusiva el poder constituyente derivado, por lo que a partir de su elección **queda en suspenso la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución durante el término señalado** para que la asamblea cumpla sus funciones.

La asamblea una vez electa e instalada debe adoptar su propio reglamento.

En este caso del acto de convocación de la asamblea constituyente, el artículo 379 de la Constitución establece que el mismo sólo puede ser declarado inconstitucional cuando se violen los requisitos establecidos en el Título VIII en cual se regula la reforma constitucional, procediendo la acción pública contra el mismo dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2 de la Constitución (potestad de la Corte Constitucional de decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación).

2. El poder de revisión constitucional ejercido por los órganos del poder legislativo del Estado

Por último, otras Constituciones atribuyen el ejercicio del poder constituyente derivado al órgano que ejerce el Poder Legislativo, en algunos casos en forma exclusiva como sucede en El Salvador, y como también sucede en México pero combinando la participación de los órganos legislativos federal y de los Estados federados; y en otros casos, como alternativa de reforma respecto de otros procedimientos como el referendo, como sucede en Panamá, Colombia, Cuba, Chile y Ecuador; o como la Asamblea Constituyente, como sucede en Bolivia, Colombia, Costa Rica y Nicaragua.

A. La revisión constitucional ejercida exclusivamente por el órgano del Poder Legislativo

a. *La competencia exclusiva del órgano legislativo nacional*

a'. La reforma constitucional por la Asamblea Legislativa en El Salvador

De acuerdo con lo que se establece en el artículo 248 de la Constitución de El Salvador, la reforma de la misma puede acordarse por la Asamblea Legislativa, únicamente a propuesta de al menos diez Diputados; y con el voto de la mitad más uno de los Diputados electos. Sin embargo, para que tal reforma pueda decretarse deberá ser ratificada por la siguiente Asamblea Legislativa con el voto de los dos tercios de los Diputados electos. Así ratificada, se emitirá el decreto correspondiente, el cual se mandará a publicar en el Diario Oficial.

b'. La reforma constitucional por el Congreso Nacional en la República Dominicana

El artículo 116 de la Constitución de la República Dominicana establece el método para la reforma constitucional, indicando que la proposición de la misma se debe presentar 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.

Una vez presentado el proyecto de reforma, conforme al artículo 117, el Congreso debe declarar la necesidad de la reforma por una ley, mediante la cual se ordenará la reunión de la Asamblea Nacional, se determinará el objeto de la reforma y se indicarán los artículos de la Constitución sobre los cuales versará la reforma. Esta ley no puede ser observada por el Poder Ejecutivo.

Para resolver acerca de las reformas propuestas, el artículo 118 dispone que la Asamblea Nacional se debe reunir dentro de los quince días siguientes a la publicación de la ley que declare la necesidad de la reforma, con la presencia de más de la mitad de los miembros de cada una de las Cámaras. Por excepción de lo dispuesto en el artículo 27 constitucional, en este caso las decisiones se deben tomar por la mayoría de las dos terceras partes de los votos.

Una vez votadas y proclamadas las reformas por la Asamblea Nacional, la Constitución debe ser publicada íntegramente con los textos reformados.

c'. La enmienda constitucional por el Congreso Nacional en Brasil

En Brasil, la Constitución sólo puede ser enmendada por el Congreso Nacional, como parte del "proceso legislativo"(Art. 59).; pero ninguna enmienda puede ser aprobada bajo la vigencia de intervención federal, del estado de defensa o del estado de sitio (Art. 60, § 1º)

La propuesta de enmienda puede ser presentada conforme lo indica el artículo 60 de la Constitución: I. De un tercio, al menos, de los miembros de la Cámara de los Diputados o del Senado Federal; II. Del Presidente de la República; III. De más de

la mitad de las Asambleas Legislativas de las unidades de la Federación, manifestándose, cada una de ellas, por mayoría relativa de sus miembros.

La propuesta debe ser discutida y votada en cada Cámara del Congreso Nacional, dos veces, considerándose aprobada si se obtuviera, en ambas, tres quintos de los votos de los respectivos miembros (Art.60 § 2°).

La enmienda a la Constitución será promulgada por las Mesas de las Cámara de los Diputados y del Senado Federal, con el respectivo número de orden (Art. 60 § 3°).

La materia objeto de propuesta de enmienda rechazada o considerada inoperante no podrá ser objeto de nueva propuesta en la misma sesión legislativa (Art. 60 § 5°).

b. *La competencia exclusiva de los órganos del Poder Legislativo Federal y de los poderes legislativos estatales (sub nacionales): México*

La Constitución de México es la única de las Constituciones de los Estados con forma federal de América Latina que establece la necesidad de que las reformas constitucionales además de ser aprobadas por el Congreso federal, sean también aprobadas por las Asambleas Legislativas de los Estados federados.

En efecto, el artículo 135 de la Constitución de 1917 dispone que la misma puede ser adicionada o reformada; pero para que dichas adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso deben hacer el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

B. La competencia (no exclusiva) del órgano del Poder Legislativo en materia de reforma constitucional como alternativa entre otros procedimientos de revisión

a. *La aprobación por el órgano legislativo como alternativa con el referendo o la consulta popular*

a'. La reforma constitucional por la Asamblea Legislativa en Panamá

Como se dijo, en Panamá se regulan dos procedimientos de reforma constitucional, uno de los cuales conlleva la participación popular mediante referendo aprobatorio cuando en la discusión de la reforma en las dos legislaturas de la Asamblea Legislativa se produzcan modificaciones en la segunda.

En caso contrario, con la sólo participación del órgano legislativo se puede reformar la Constitución, conforme al siguiente procedimiento que se regula en el artículo 308 de la Constitución:

La iniciativa para proponer reformas constitucionales corresponde a la Asamblea Legislativa, al Consejo de Gabinete o a la Corte Suprema de Justicia, y las reformas pueden ser aprobadas por un Acto Legislativo aprobado en tres debates por la mayo-

ría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa, el cual debe ser publicado en la Gaceta Oficial y transmitido por el Órgano Ejecutivo a dicha Asamblea, dentro de los primeros cinco días de las sesiones ordinarias siguientes a las elecciones para la renovación del órgano Legislativo, a efecto de que, en esta última legislatura, sea nuevamente debatido y aprobado sin modificación, en un solo debate, por la mayoría absoluta de los miembros que la integran.

El Acto Legislativo así aprobado empieza a regir a partir de su publicación en la Gaceta oficial, la cual debe hacerse por el Órgano Ejecutivo, dentro de los diez días hábiles que siguen a su ratificación por parte de la Asamblea Legislativa, sin que la publicación posterior a dichos plazos sea causa de inconstitucionalidad.

b'. Las reformas constitucionales por la Asamblea del Poder Popular en Cuba

El principio general conforme al artículo 137 de la Constitución de Cuba es que la Constitución solo puede ser reformada por la Asamblea Nacional del Poder Popular mediante acuerdo adoptado, en votación nominal, por una mayoría no inferior a las dos terceras partes del número total de sus integrantes.

Como se ha dicho, sin embargo, sólo si la reforma se refiere a la integración y facultades de la Asamblea Nacional del Poder Popular o de su Consejo de Estado o a derechos y deberes consagrados en la Constitución, se requiere, además, la ratificación por el voto favorable de la mayoría de los ciudadanos con derecho electoral, en referendo convocado al efecto por la propia Asamblea.

c'. Las reformas constitucionales por el Congreso Nacional en Chile

El artículo 116 de la Constitución de Chile establece que los proyectos de reforma de la Constitución pueden ser iniciados por mensaje del Presidente de la República o por moción de cualquiera de los miembros del Congreso Nacional, con las limitaciones señaladas en el inciso primero del artículo 62 (dependiendo de la materia a tratar la discusión tendrá origen en la Cámara de Diputados o en la Cámara del Senado).

El proyecto de reforma necesita para ser aprobado en cada cámara el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio. Sin embargo, si la reforma recayere sobre los capítulos I, III, VII, X, XI o XIV, referidos éstos a las bases de la institucionalidad, los derechos constitucionales, el Tribunal Constitucional, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, el Consejo de Seguridad Nacional y el procedimiento de reforma constitucional, respectivamente, necesitará, en cada Cámara, la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio. El sistema de urgencia será aplicable a los proyectos de reforma constitucional.

A los efectos de la discusión, conforme al artículo 117, las dos Cámaras, reunidas en Congreso Pleno, serán convocadas por el Presidente del Senado a una sesión pública, que se celebrará no antes de treinta ni después de sesenta días contados desde la aprobación de un proyecto en la forma señalada en el artículo anterior, en la que, con asistencia de la mayoría del total de sus miembros, tomarán conocimiento de él y procederán a votarlo sin debate.

Si a la hora señalada no se reuniere la mayoría del total de los miembros del Congreso, la sesión se verificará el mismo día, a una hora posterior que el Presidente del Senado haya fijado en la convocatoria, con los diputados y senadores que asistan.

El proyecto que apruebe la mayoría del Congreso Pleno pasará al Presidente de la República. Si el Presidente de la República rechazare totalmente un proyecto de reforma aprobado por el Congreso y éste insistiere en su totalidad por las dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, el Presidente deberá promulgar dicho proyecto, a menos que consulte a la ciudadanía mediante plebiscito.

Si el Presidente observare parcialmente un proyecto de reforma aprobado por el Congreso, las observaciones se entenderán aprobadas con el voto conforme de las tres quintas o dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, según corresponda de acuerdo con el artículo 116 y se devolverá al Presidente para su promulgación.

En caso de que las Cámaras no aprueben todas o algunas de las observaciones del Presidente, no habrá reforma constitucional sobre los puntos en discrepancia, a menos que ambas Cámaras insistieren por los dos tercios de sus miembros en ejercicio en la parte del proyecto aprobado por ellas. En este último caso, se devolverá al Presidente la parte del proyecto que haya sido objeto de insistencia para su promulgación, salvo que éste consulte a la ciudadanía para que se pronuncie mediante un plebiscito, respecto de las cuestiones en desacuerdo.

La ley orgánica constitucional relativa al Congreso regulará en lo demás lo concerniente a los vetos de los proyectos de reforma y a su tramitación en el Congreso.

d'. Las reformas constitucionales por el Congreso Nacional en Ecuador

De acuerdo con el artículo 280 de la Constitución de Ecuador, la Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso Nacional o mediante consulta popular.

En cuanto a las reformas aprobadas por el Congreso Nacional, el artículo 281 dispone que los proyectos de reforma constitucional pueden presentarse ante el Congreso Nacional por: un número de diputados equivalente al veinte por ciento de sus integrantes o un bloque legislativo; el Presidente de la República; la Corte Suprema de Justicia; el Tribunal Constitucional, o un número de personas en ejercicio de los derechos políticos, cuyos nombres consten en el padrón electoral, y que equivalga al uno por ciento de los inscritos en él.

Conforme al artículo 282, el Congreso Nacional debe conocer y discutir los proyectos de reforma constitucional, mediante el mismo trámite previsto para la aprobación de las leyes. Sin embargo, el segundo debate, en el que se requerirá del voto favorable de las dos terceras partes de la totalidad de miembros del Congreso, no podrá efectuarse sino luego de transcurrido un año a partir de la realización del primero. Una vez aprobado el proyecto, el Congreso lo debe remitir al Presidente de la República para su sanción u objeción, conforme a las disposiciones de esta Constitución.

e'. Las reformas constitucionales parciales por la Asamblea Nacional en Nicaragua

Conforme se establece en el artículo 191 de la Constitución de Nicaragua, la Asamblea Nacional está facultada para reformar parcialmente la Constitución Política y para conocer y resolver sobre la iniciativa de reforma total de la misma. El mismo procedimiento debe aplicarse para la reforma de las leyes constitucionales (Electoral, de Emergencia y de Amparo conforme al artículo 185), con la excepción del requisito de las dos legislaturas (Art. 195).

La iniciativa de reforma parcial corresponde al Presidente de la República o a un tercio de los diputados de la Asamblea Nacional, y conforme al artículo 192, debe señalar el o los artículos que se pretenden reformar con expresión de motivos. Tal iniciativa debe ser enviada a una comisión especial que dictaminará en un plazo no mayor de sesenta días. El proyecto de reforma debe recibir a continuación el trámite previsto para la formación de la ley, y debe ser discutida en dos legislaturas.

La aprobación de la reforma parcial requiere del voto favorable del sesenta por ciento de los diputados. El Presidente de la República debe promulgar la reforma parcial y en éste caso no puede ejercer el derecho al veto (Art. 194).

b. La aprobación por el órgano legislativo como alternativa con el la Asamblea Constituyente o con referendo

a'. La enmienda constitucional por las Cámaras Legislativas en Bolivia

La Constitución de Bolivia, además de regular la reforma total mediante una Asamblea Constituyente, establece el procedimiento para la reforma parcial o enmienda, atribuyendo a las Cámaras de Diputados y de Senadores el poder constituyente conforme al siguiente procedimiento que se regula en los artículos 230 a 33 del texto fundamental.

La iniciativa de la reforma parcial conforme al artículo 230 corresponde a las Cámaras, mediante la previa declaración de la necesidad de la reforma, la cual debe determinarse con precisión en una ley ordinaria aprobada por dos tercios de los miembros presentes en cada una de las Cámaras. Esta ley, a su vez, puede ser iniciada en cualquiera de las Cámaras, en la forma establecida por esa Constitución para el proceso de formación de las leyes (artículos 71 y siguientes). Una vez sancionada la ley de declaración de la necesidad de la reforma, la misma debe ser enviada al Ejecutivo para su promulgación, sin que éste pueda vetarla.

La Ley de declaratoria de la necesidad de la reforma, que contiene el proyecto de la misma, conforme lo dispone el artículo 231 de la Constitución, debe entonces ser considerada y discutida en las primeras sesiones de la legislatura de un nuevo período constitucional por la Cámara que proyectó la reforma y, si ésta fuere aprobada por dos tercios de votos, se pasará a la otra para su revisión, la que también requerirá dos tercios; siguiéndose en los demás trámites los mismos que la Constitución señala para las relaciones entre las dos Cámaras.

En todo caso, las cámaras deliberarán y votarán las reformas ajustándolas a las disposiciones que determinen la Ley Declaratoria de aquella. La reforma sancionada

pasará al Ejecutivo para su promulgación, sin que el Presidente de la República pueda observarla. Cuando la enmienda sea relativa al período constitucional del Presidente o Vicepresidente de la República, entrará en vigencia sólo en el siguiente período constitucional (Art. 233).

b'. La reforma de la Constitución por Acto Legislativo en Colombia

Como se ha dicho, en Colombia se regulan tres procedimientos alternativos de reforma constitucional; mediante referendo, mediante una Asamblea Constituyente o mediante Acto Legislativo emanado del Congreso.

En este último caso, dispone el artículo 375 de la Constitución, que el gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente, pueden presentar ante el Congreso proyectos de Actos Legislativos para la reforma constitucional.

El trámite del proyecto debe tener lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada cámara. En este segundo período sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero.

Conforme al artículo 379, los actos legislativos sólo pueden ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el Título XIII de la Constitución (todo el procedimiento de reforma constitucional). Además, se establece que la acción pública contra estos actos sólo procede dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2 de la Constitución (potestad de la Corte Constitucional de decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación).

c'. Las reformas parciales por la Asamblea Legislativa en Costa Rica

En Costa Rica, como se dijo, se distinguen dos tipos de procedimientos para la reforma constitucional según se trate de reformas generales o parciales. En el primer caso debe convocarse una Asamblea Constituyente; y en el segundo caso, el poder constituyente se atribuye a la Asamblea legislativa.

En efecto, el artículo 195 de la Constitución dispone que la Asamblea Legislativa podrá reformar parcialmente la Constitución con absoluto arreglo a las siguientes disposiciones:

1. La proposición para reformar uno o varios artículos debe ser presentada a la Asamblea Legislativa en sesiones ordinarias, firmada al menos por diez diputados o por el cinco por ciento (5%) como mínimo, de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral;
2. Esta proposición debe ser leída por tres veces con intervalos de seis días, para resolver si se admite o no a discusión;
3. En caso afirmativo, la proposición debe pasar a una comisión nombrada por mayoría absoluta de la Asamblea, para que dictamine en un término de hasta veinte días hábiles.

4. Presentado el dictamen, se debe proceder a su discusión por los trámites establecidos para la formación de las leyes; pero dicha reforma debe aprobarse por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea;
5. Acordado que procede la reforma, la Asamblea debe preparar el correspondiente proyecto, por medio de una Comisión, bastando en este caso la mayoría absoluta para aprobarlo;
6. El mencionado proyecto debe entonces pasar al Poder Ejecutivo; y éste lo debe enviar a la Asamblea con el Mensaje Presidencial al iniciarse la próxima legislatura ordinaria, con sus observaciones, o recomendándolo;
7. La Asamblea Legislativa, en sus primeras sesiones, debe discutir el proyecto en tres debates, y si lo aprobare por votación no menor de dos tercios de votos del total de los miembros de la Asamblea, entonces formará parte de la Constitución, y se comunicará al Poder Ejecutivo para su publicación y observancia.

IV. LOS LÍMITES AL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Como puede apreciarse de lo antes expuesto, los procedimientos para la revisión o reforma constitucional en América Latina se han regulado en el propio texto de las Constituciones, por lo que el poder constituyente derivado está sujeto a límites constitucionales, sea que se ejerza directamente por el pueblo o por órganos constituidos del Estado.

Estos límites son, en primer lugar, los límites que derivan de las propias regulaciones constitucionales en cuanto al procedimiento de revisión constitucional; en segundo lugar, los límites que derivan de las denominadas cláusulas pétreas o inmodificables; en tercer lugar, los límites que derivan del funcionamiento de los órganos constituidos del Estado durante del proceso de reforma o enmienda constitucional; en cuarto lugar, los límites derivados de circunstancias excepcionales; y en quinto lugar, los límites temporales.

Siendo límites constitucionales establecidos al poder constituyente derivado, dado el principio de la supremacía constitucional que rige en todas las Constituciones latinoamericanas, los mismos deberían estar sujetos a control de constitucionalidad por las respectivas Jurisdicciones Constitucionales. La única excepción de principio, se podría plantear en los casos de aprobación de las reformas o enmiendas mediante referendo o consulta popular, en cuyo caso podría considerarse que priva el principio de la soberanía popular sobre el de la supremacía constitucional. Pero incluso en estos casos, si existe disposición expresa de la Constitución, como sucede en Colombia, el control de constitucionalidad procedería por vicios de procedimiento en la formación de los actos reformatorios de la Constitución, *cualquiera que sea su origen* (art. 241,1).

1. Los límites adjetivos constitucionales

En primer lugar, tal como se ha analizado detalladamente con anterioridad, las Constituciones han establecido precisos procedimientos que debe seguir el poder constituyente derivado para la revisión constitucional, los cuales se constituyen en límites constitucionales adjetivos o procedimentales para la revisión constitucional.

La consecuencia lógica de estas regulaciones y del sometimiento a la Constitución es que el cumplimiento de dichos procedimientos de reforma o enmienda constitucional, dado el principio de la supremacía constitucional, debe estar sujeto a control de constitucionalidad por parte de los órganos de la Jurisdicción Constitucional, el cual en muchas Constituciones latinoamericanas incluso se establece expresamente.

Es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Colombia, cuyo artículo 241 atribuye a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, y *en particular de los procedimientos para la revisión constitucional*, asignándole en particular competencia para:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, *cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.*
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, *sólo por vicios de procedimiento en su formación.*
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos *sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.*

Por su parte, el artículo 379 de la misma Constitución de Colombia dispone expresamente que en todos los procedimientos de revisión constitucional en los cuales haya actos legislativos, convocatoria a referendo, de consulta popular o convocatoria a la Asamblea Constituyente, los mismos pueden ser declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional cuando violen los requisitos establecidos en el Título XIII de la Constitución en el cual se regula la reforma constitucional. La acción pública contra estos actos sólo procede dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2 de la propia Constitución que regula la potestad de la Corte Constitucional de decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

Por otra parte, la Constitución de Bolivia enumera entre las atribuciones del Tribunal Constitucional (Art. 119, VII, 10), la de conocer y resolver sobre las demandas *respecto a procedimientos en la reforma* de la Constitución, las cuales se pueden plantear por cualquier Senador o Diputado o por el Presidente de la República, en relación con los proyectos de reforma.

En Costa Rica, el artículo 10, b) de la Constitución atribuye a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, competencia para conocer de las *consultas sobre proyectos* de reforma constitucional.

En la Constitución de Chile, el artículo 82, 2 atribuye al Tribunal Constitucional competencia para resolver las *cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos* de reforma constitucional. En este caso, el Tribunal sólo puede conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la reforma. El Tribunal debe resolver dentro del plazo de diez días contados desde que reciba el requerimiento, a menos que decida prorrogarlo hasta por otros diez días por motivos

graves y calificados. Este requerimiento, en todo caso, no suspende la tramitación del proyecto; pero la parte impugnada de éste no podría ser promulgada hasta la expiración del plazo referido.

En consecuencia, durante el desarrollo de los procedimientos para la revisión constitucional, puede decirse que los órganos a los que se atribuye el ejercicio del poder constituyente derivado están sometidos a la Constitución, la cual, como lo indica la Constitución de Nicaragua, tiene que seguir en vigencia “mientras no se apruebe por la Asamblea Nacional Constituyente la nueva Constitución” (Art. 194); o como lo indica la Constitución de República Dominicana “no podrá jamás ser suspendida ni anulada por ningún poder ni autoridad ni tampoco por aclamaciones populares”(art. 120).

2. Los límites derivados de las cláusulas pétreas

Pero la revisión constitucional por el poder constituyente derivado, no sólo tiene los límites adjetivos antes analizados, sino que también tiene límites de orden sustantivo.

El primer límite de esta naturaleza al poder constituyente es el que deriva de las denominadas cláusulas pétreas o inmodificables que se establecen en los textos constitucionales, en las cuales se establecen principios o normas que se proclaman como irrevisables en forma total o parcial. En muchos casos se trata de cláusulas expresas, pero en otros se trata de cláusulas que derivan de la interpretación del propio texto constitucional.

Entre las primeras se destacan las que excluyen toda reforma sobre determinadas materias, como sucede con el artículo 248 de la Constitución de El Salvador en el cual se dispone que:

Art. 248: “...No podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y sistema de gobierno, al territorio de la República y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República”.

En igual sentido se debe destacar el artículo 119 de la Constitución de República Dominicana, en el cual se declara que:

Art. 119. Ninguna reforma podrá versar sobre la forma de Gobierno, que deberá ser siempre civil, republicano, democrático y representativo.

En la Constitución de Guatemala se establece una enumeración de artículos de la Constitución como “no reformables”, al disponer su artículo 281, que “en ningún caso podrán reformarse los artículos 140 (independencia del Estado y al sistema de gobierno), 141 (soberanía popular), 165, inciso g) (desconocimiento del mandato del Presidente después de vencido su período constitucional), 186 (prohibiciones para optar a cargos de Presidente y Vicepresidente) y 187 (prohibición de reelección), ni en forma alguna toda cuestión que se refiera a la forma republicana de gobierno, al principio de no reelección para el ejercicio de la Presidencia de la República, ni restársele efectividad o vigencia a los artículos que estatuyen alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República, así como tampoco dejárseles en suspenso o de cualquier otra manera de variar o modificar su contenido”.

En el caso de Honduras, el artículo 374 de la Constitución también dispone una enumeración de artículos no reformables, así:

Artículo 374: No podrán reformarse, en ningún caso, el Artículo anterior (procedimiento para la reforma constitucional), el presente Artículo, los artículos constitucionales que se refieren a la forma de gobierno, al territorio nacional, al período presidencial, a la prohibición para ser nuevamente Presidente de la República, el ciudadano que lo haya desempeñado bajo cualquier título y referente a quienes no pueden ser Presidente de la República por el período subsiguiente.

En otros casos, como en la Constitución del Brasil, lo que se establece es que no se puede abolir determinadas instituciones o principios, pero ello no impide la reforma de los artículos que las consagran. En tal sentido, el artículo 60 § 4, establece que:

“No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: I. La forma federal del Estado; II. El voto directo, secreto, universal y periódico; III. La separación de los Poderes; IV. Los derechos y garantías individuales”.

En el artículo 137 de la Constitución de Cuba también se ha establecido una cláusula de esta naturaleza irrevocabilidad respecto del “sistema político, económico y social, cuyo carácter irrevocable lo establece el artículo 3 del Capítulo I, y la prohibición de negociar acuerdos bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera”. Además, en la reforma de junio de 2002, la Asamblea Nacional del Poder Popular añadió al texto constitucional otra cláusula pétrea con el siguiente texto:

Disposición Especial. El pueblo de Cuba, casi en su totalidad, expresó entre los días 15 y 18 de junio del 2002, su más decidido apoyo al proyecto de reforma constitucional propuesto por las organizaciones de masas en asamblea extraordinaria de todas sus direcciones nacionales que había tenido lugar el día 10 del propio mes de junio, en el cual se ratifica en todas sus partes la Constitución de la república y se propone que el carácter socialista y el sistema político y social contenido en ella sean declarados irrevocables, como digna y categórica respuesta a las exigencias y amenazas del gobierno imperialista de los Estados Unidos el 20 de mayo de 2002.

Pero aparte de las cláusulas pétreas así expresa y textualmente insertas en los textos constitucionales, de otras disposiciones de las Constituciones se también se pueden derivar muchas otras cláusulas que encajarían dentro de tal categoría, por el carácter irrevisable como se establecen, por parte del poder constituyente.

Es el caso, por ejemplo, de las Constituciones que establecen en algunos de sus artículos el *carácter eterno* de un principio o disposición constitucional, como resulta del artículo 1 de la Constitución de Venezuela cuando declara que la República “es **irrevocablemente** libre e independiente...”; del artículo 5 que declara que “la soberanía reside **intransferiblemente** en el pueblo”, o del artículo 6 de la misma Constitución cuando prescribe que el gobierno de la República “y de las entidades políticas que la componen **es y será siempre** democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”.

Otras cláusulas que implican límites a la revisión constitucional son las que establecen el principio de la progresividad en la protección o garantía de los derechos humanos, por ejemplo en cuanto a los inherentes a la persona humana, las cuales implican que dichas garantías no pueden ser objeto de reformas que reduzcan el

ámbito de protección de los derechos. Es el caso de la previsión del artículo 19 de la Constitución de Venezuela.

La consecuencia de todos estos límites constitucionales a la reforma constitucional, es que si se traspasasen por el poder constituyente derivado, las reformas serían contrarias a la Constitución, por lo que deberían ser objeto de control constitucional por parte de los órganos de la Jurisdicción Constitucional.

Sin embargo, en esta materia, sin embargo, estamos en el campo de los principios que derivan del principio de la supremacía constitucional, ya que ninguna Constitución de América Latina establece expresamente competencia de los órganos de la Jurisdicción Constitucional para controlar la constitucionalidad *sustantiva* de las reformas constitucionales.

3. Los límites derivados del funcionamiento de los poderes constituidos del Estado

Los procedimientos de revisión constitucional establecidos en los textos constitucionales tienen por objeto reformar o enmendar las Constituciones, sin alterar el funcionamiento de los órganos constituidos del Estado. Este es el principio general que resulta del texto de todas las Constituciones latinoamericanas, sea cual sea el procedimiento de revisión constitucional que se regule.

En efecto, en los casos en los cuales el poder constituyente derivado se haya atribuido al pueblo para la aprobación de la reforma o enmienda constitucional, durante el procedimiento de elaboración del proyecto de reforma o enmienda y de aprobación popular del mismo mediante referendo, plebiscito o consulta popular, los órganos constituidos del Estado continúan funcionando sin interrupción ni interferencia de cualquier clase. Sólo excepcionalmente durante los procedimientos de revisión constitucional, podrían verse afectadas algunas potestades de los órganos del Estado, lo cual debe establecerse expresamente en la Constitución, como sucede con las limitaciones a la posibilidad de veto presidencial respecto de los actos del órgano legislativo concernientes a la reforma o enmienda constitucional, como por ejemplo lo prevén las Constituciones de Bolivia, Perú, Nicaragua, Uruguay y Venezuela.

En los casos en los cuales el poder constituyente se atribuye a una Asamblea Nacional Constituyente, en principio, y salvo disposición expresa en contrario, el funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente no afecta ni impide el funcionamiento simultáneo de los órganos constituidos del Estado. Este principio está formulado expresamente en la Constitución del Paraguay, en cuyo artículo 291 se establece lo siguiente:

Art. 291. De la potestad de la Convención Nacional Constituyente. 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.

En igual sentido, pero en relación con el funcionamiento del Congreso durante el funcionamiento de la Asamblea Constituyente, en la Constitución de Guatemala, el artículo 279 dispone expresamente que “la Asamblea Nacional Constituyente y el Congreso de la República podrán funcionar simultáneamente”.

La excepción a este principio, en forma también expresa, está establecida en la Constitución de Nicaragua, en cuyo artículo 193 se establece que una vez aprobada la iniciativa de reforma total de la Constitución por la Asamblea Nacional, esta debe fijar un plazo para la convocatoria de elecciones de Asamblea Nacional Constituyente, conservando “su mandato hasta la instalación de la nueva Asamblea Nacional Constituyente”.

En otras Constituciones, como la de Colombia, una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, sólo se limitan las potestades de los órganos constituidos del Estado en relación con el tema de la revisión constitucional. Así, el artículo 376 dispone que a partir de la elección de la Asamblea Constituyente para la revisión constitucional **“queda en suspenso la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución durante el término señalado** para que la Asamblea cumpla sus funciones”.

Por último, debe mencionarse la Constitución de Venezuela de 1999, en la cual, después de la experiencia del proceso constituyente de ese año, al regularse a la Asamblea Nacional Constituyente como mecanismo para la revisión constitucional, con el único objeto de “transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución” (Art. 347), se establece que durante el funcionamiento de dicha Asamblea, “los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente” (Art. 349); lo que no implica que, al contrario, la Asamblea sí pueda impedir las decisiones de los poderes constituidos.

En efecto, esta disposición tiene que interpretarse de acuerdo con los mismos términos de la Constitución, en el sentido de que los poderes constituidos, es decir, los órganos de los Poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral no pueden en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente, la cual sólo tiene por objeto “redactar una nueva Constitución” en la cual se proponga “transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico”. En esa función, las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente que no pueden ser “impedidas” por los poderes constituidos, son las que en la consecución de su objeto, la Asamblea adopte siempre de acuerdo con la Constitución vigente cuya reforma debe redactar. Es decir, la norma constitucional del artículo 349 no puede entenderse como una carta abierta dada a la Asamblea Nacional Constituyente para que durante su funcionamiento pueda adoptar decisiones que puedan ser contrarias a la Constitución y al funcionamiento de los órganos constitucionales constituidos; es decir, de ella no se deriva que la Asamblea Constituyente tenga poder alguno para alterar las normas constitucionales mientras estén en vigencia y mientras no sean sustituidas por las de la nueva Constitución que redacte, la cual en todo caso debe ser aprobada mediante referendo. En consecuencia, mientras la Asamblea Nacional Constituyente esté funcionando, los órganos de los diversos Poderes Públicos (poderes constituidos) también continúan en funcionamiento, no pudiendo la Asamblea ni disolverlos, ni sustituirlos ni alterar su funcionamiento. De lo anterior resulta, en consecuencia, que los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente durante su funcionamiento que violen la Constitución vigente, podrían ser objeto de control de constitucionalidad por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo como Jurisdicción Constitucional.

La consecuencia de lo anterior es que cualquier acto de los órganos a los cuales la Constitución le asigne la potestad de intervenir o realizar la reforma de la Constitución, que atente contra los poderes constituidos del Estado o su funcionamiento conforme se regula en la propia Constitución, serían inconstitucionales, y podrían ser objeto de control de constitucionalidad por los órganos de la Jurisdicción Constitucional. Ninguna de las Constituciones latinoamericanas, sin embargo, atribuye tal competencia en forma expresa a dicha Jurisdicción.

4. Los límites derivados de la existencia de circunstancias extraordinarias

Otro límite a la posibilidad de revisión constitucional deriva de la existencia de circunstancias constitucionales extraordinarias, como los estados de excepción o de sitio, las cuales una vez decretadas en muchos casos impiden que se desarrollen los procedimientos de reforma,

Es el caso en particular de la Constitución de Brasil, en la cual al regularse la posibilidad de enmienda constitucional como una potestad atribuida al Congreso Nacional, como parte del "proceso legislativo" (Art. 59), en el artículo 60, § 1º se dispone expresamente que "ninguna enmienda puede ser aprobada bajo la vigencia de intervención federal, del estado de defensa o del estado de sitio" Estas circunstancias excepcionales que deben ser decretadas por el Presidente de la República (Art. 84, IX y X) con participación variada de otros Poderes de la Unión (Arts. 34 y ss. y 136 y ss.)

En Venezuela, una limitación similar estaba establecida en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1997 reformada en 1998 (*Gaceta Oficial* No. 5233 Extraordinario de 28-5-98), en cuyo artículo 186 se estableció que "No podrán celebrarse referendos durante la vigencia de estado de emergencia, de suspensión o restricción de garantías constitucionales o de graves trastornos del orden público previstos en los artículos 240, 241 y 244 de la Constitución de la República". Como en 1998, la figura de los referendos era sólo un medio de participación política de rango legal, pues nada al respecto establecía la Constitución de 1961, podía admitirse que la propia Ley que los regulaba podía establecer limitaciones de este tipo para su realización. Sin embargo, estando los referendos regulados desde 1999 en la Constitución, incluyendo los que son necesarios para la aprobación de las enmiendas y reformas constitucionales y para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente para la revisión constitucional, al no estar prevista limitación alguna para su realización, no podría la ley establecerlas. Por ello, la norma del artículo 186 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1998 puede considerarse que fue derogada tácitamente por la Constitución de 1999, no existiendo en consecuencia, límites a la realización del proceso de revisión constitucional por el hecho de que se decreta un estado de excepción.

En todo caso, en el supuesto regulado en el Brasil, si una enmienda constitucional fuera aprobada bajo la vigencia de intervención federal, del estado de defensa o del estado de sitio, la consecuencia lógica es que entonces dicha enmienda podría estar sujeta a control de constitucionalidad por parte del Tribunal Supremo Federal.

5. Los límites temporales

Algunas Constituciones establecen límites temporales para la revisión constitucional, en el sentido de que en el texto constitucional se ha establecido un lapso mínimo de irrevisabilidad constitucional. Así se regula, por ejemplo, en Paraguay, en cuya Constitución (art. 289) se estableció que la reforma de la Constitución “sólo procederá luego de diez años de su promulgación”; y las enmiendas sólo “transcurridos tres años de promulgada la Constitución” (art. 290).

En consecuencia, en estos casos, toda enmienda o reforma constitucional sancionada sin que dichos lapsos hayan transcurrido, también podría deber ser considerada como violatoria a la Constitución, y sometida a control de constitucionalidad.

APRECIACIÓN FINAL

De lo anterior resulta que los mecanismos para la revisión constitucional pueden considerarse que son de la esencia del proceso constitucional, de manera que no hay ni puede haber Constituciones inmutables o eternas. Al contrario, los textos constitucionales requieren adaptación permanente para regular la sociedad conforme a los cambios políticos y sociales.

Uno de esos mecanismos de cambio constitucional lo constituyen los de revisión o reforma formal de la Constitución, como son los procedimientos de enmiendas, de reformas o de convocatoria de Asambleas o Convenciones Constituyentes, que permiten la modificación de las Constituciones con la participación directa del pueblo (vía referéndum o plebiscito) o de sus representantes electos en los Parlamentos o en las Asambleas Constituyentes. Se trata, en todo caso, de métodos de revisión constitucional a través de los cuales sólo se manifiesta el poder constituyente derivado sometido, precisamente, a los límites y procedimientos regulados expresamente en las Constituciones. El poder constituyente originario, en cambio, sólo se manifiesta en los procesos de revisión constitucional realizados *de facto*, al margen del hilo constitucional.

Ahora bien, del análisis comparativo de los procedimientos de revisión constitucional regulados en las Constituciones de América Latina, pueden formularse las siguientes apreciaciones generales:

1) En casi todas las Constituciones se regula la participación popular en los procesos de revisión constitucional, siendo excepcional los países que no prevén algún referendo o consulta popular que permita la participación del pueblo como poder constituyente originario. Es el caso de Argentina y Nicaragua que sólo regulan como mecanismo para la revisión constitucional por una Asamblea o Convención Constituyente; y de El Salvador, México, Brasil y República Dominicana que atribuyen el poder constituyente derivado sólo a los órganos legislativos del Estado, por supuesto, a través de procedimientos particulares con mayorías calificadas. De resto, en Uruguay, Colombia, Venezuela, Paraguay, Guatemala, Costa Rica, Perú, Cuba, Chile, Ecuador y Panamá se regula la participación del pueblo en la revisión constitucional e, incluso, en Uruguay, como la única forma para la reforma constitucional.

2) En todas las Constituciones latinoamericanas se establece la participación, en una forma u otra, del órgano legislativo nacional (Congresos, Asambleas) en los

procedimientos de revisión constitucional, de manera que en los mismos siempre participa la representación popular. Sólo excepcionalmente los órganos legislativos son los únicos con poder constituyente derivado, mediante mayorías calificadas especiales como sucede en El Salvador, México, Brasil y República Dominicana. En México, además del Congreso de la Unión, también participan en el procedimiento de revisión constitucional, las Asambleas legislativas de los Estados de la Federación. En ninguna de las otras Constituciones federales (Argentina, Brasil o Venezuela) se establece la participación de las Asambleas o Consejos Legislativos de los Estados de en el procedimiento de reforma constitucional. En Argentina y en Brasil, sin embargo, podría señalarse que los Estados sólo participarían por la vía de la representación que tienen en el Senado, institución que fue eliminada en Venezuela en 1999.

3) En todas las Constituciones se establece también la participación del Presidente de la República en el procedimiento de revisión constitucional sea mediante la iniciativa de reforma o mediante la promulgación de la misma, limitándose en este último caso, en muchas Constituciones, el poder de veto del Presidente como sucede en Bolivia, Perú, Nicaragua, Uruguay y Venezuela.

4) En todas las Constituciones latinoamericanas se regulan expresamente los procedimientos de revisión constitucional, por lo que los mismos, al tener rango constitucional, deben ser respetados por todos los órganos del Estado. No es posible, por tanto, realizar una reforma constitucional mediante un procedimiento distinto al establecido en la Constitución. En consecuencia, los procedimientos de reforma o enmienda constitucional que no se desarrollen conforme a las normas constitucionales que los regulan, o que versen sobre asuntos o materias que la Constitución prohíbe, son inconstitucionales y pueden ser controlados por la Jurisdicción Constitucional. Ello se prevé incluso en forma expresa en algunas Constituciones que atribuyen a los Tribunales Constitucionales o Salas Constitucionales de los Tribunales Supremos, el control de la constitucionalidad de los procedimientos relativos a las reformas o enmiendas constitucionales, como lo hacen las Constituciones de Bolivia, Colombia, Costa Rica y Chile.

El problema de la relación entre rigidez y revisión constitucional, sin embargo, como se dijo al inicio, deriva de la situación fronteriza entre el derecho y los hechos, en la cual se mueven. No ha sido infrecuente en América Latina, que a pesar de las previsiones constitucionales, se hayan producido reformas parciales e incluso totales de los textos constitucionales sin seguirse los procedimientos prescritos para las reformas o enmiendas, originándose sin duda, inconstitucionalidades, que luego, por la fuerza de los hechos, han encontrado alguna legitimación política. El problema radica en la duración de la estabilidad constitucional que pueda derivarse de la supuesta legitimación y en el consenso que se haya podido haber obtenido para las reformas.

Reformas impuestas por minorías o por mayorías circunstanciales sin que hayan sido producto de acuerdos, compromisos y consensos, es decir, de verdaderos pactos políticos, generalmente no tienen larga vida y las más de las veces, la vida que tienen termina estando vinculada a la vida política del o de los actores que las impusieron.

§20. EL INICIO DEL PROCESO CONSTITUYENTE EN ECUADOR EN 2007 Y LAS LECCIONES DE LA EXPERIENCIA VENEZOLANA DE 1999*

(Quito, abril 2007)

INTRODUCCIÓN

Una reforma de la Constitución debe ser siempre el resultado, no de la imposición de la voluntad de una facción política sobre la otra, sino del consenso político⁹⁸¹.

Esa es la clave del éxito de las Constituciones, precisamente, llegar a ser el resultado del consenso o pacto de toda una sociedad y no de voluntades o mayorías circunstanciales; la cual debe ser diseñada mediante mecanismos de inclusión y no de exclusión. La historia enseña, por lo demás, que nada que se imponga a una sociedad por la fuerza, así sea de una mayoría circunstancial, puede perdurar ni perdura; ni nada que pretenda basarse en la imposición de la voluntad de una facción de la sociedad aplastando o excluyendo a las otras, perdura.

Una reforma constitucional, por tanto, para que trascienda, por sobre todo tiene que ser fruto de la inclusión y configurarse en un instrumento para el consenso y la conciliación. Y ello es válido cualquiera que sea la motivación de la reforma constitucional. Esta, ciertamente, a veces ha sido el resultado de un armisticio después de alguna guerra fratricida, como tantos ejemplos nos muestra la historia; en otros casos, ha sido el resultado de una ruptura del hilo constitucional, mediante una revolución o un golpe de Estado, como tantos ejemplos también conocemos en América Latina; en otros casos, incluso, ha sido el resultado de un pacto para evitar la confrontación, formulado en democracia, como también nos lo muestra la historia. Pero en todo caso, lo esencial para que trascienda, es que debe ser un instrumento inclusivo, para la conciliación, que permita no sólo adaptar las Constituciones a las exigencias políticas de los tiempos contemporáneos, sino que las mismas sean efectivamente la manifestación de la voluntad popular.

Al contrario, una reforma constitucional, incluso mediante la convocatoria de una Asamblea Constituyente, que tenga como propósito imponerle a un país un proyecto político que se aparte de las líneas de la democracia y que sea de corte autoritario, durará el tiempo que dure el régimen de gobierno de exclusión, el cual inevitablemente terminará más tarde o más temprano, en una nueva búsqueda de mecanismos de conciliación.

* Texto de la Videoconferencia dictada desde la Universidad de Columbia para el Programa de Postgrados de Jurisprudencia, *Universidad San Francisco de Quito*, New York 19 abril 2007

⁹⁸¹ V. Allan R. Brewer-Carías, "Algo sobre la experiencia venezolana de 1999, la reforma de la Constitución y la Asamblea Constituyente", en *Que? Periódico Mensual con Respuestas*, Goberna & Derecho, Año 1, n° 1, Guayaquil, 15 de enero de 2007.

Ese es el reto que tiene todo país al plantearse el tema de la reforma constitucional, cuya asunción tiene que garantizar la perdurabilidad de la democracia, perfeccionándola para todos, primero, mediante la reformulación de las formas de su ejercicio para hacerla más representativa y además, incorporar mecanismos de la democracia directa; segundo, mediante la distribución efectiva del poder público en forma vertical, descentralizándolo hacia las comunidades territoriales para hacer posible la participación democrática, la cual sólo puede ocurrir con la reformulación del régimen regional y local, reforzando el de las provincias, cantones y parroquias, para acercar el poder al ciudadano; tercero, mediante la reafirmación del principio de la separación de poderes, previendo los efectivos mecanismos para asegurar la independencia y autonomía de los poderes, y por sobretodo, el control recíproco, que es donde radica la base de la propia democracia como antídoto frente el autoritarismo; y entre esos controles, el judicial, mediante la reformulación del sistema de justicia, es uno de los más importantes para asegurar aún más su independencia y autonomía.

Venezuela vivió, a finales de los años noventa del siglo pasado, un proceso de crisis política de la democracia de partidos⁹⁸² muy similar a la que ahora vive Ecuador, que condujo a la necesidad de pensar en la reformulación del sistema político democrático, mediante la convocatoria en democracia de una Asamblea Nacional Constituyente. Su misión, cuando se formuló el proyecto, era fundamentalmente el diseño de un nuevo Estado basado en el perfeccionamiento de la democracia.

Aún cuando dicha institución de la Asamblea Constituyente no estaba prevista en la Constitución vigente para el momento de 1961, como tampoco está prevista en la ahora vigente Constitución de Ecuador de 1998, después de varias impugnaciones por razones de inconstitucionalidad contra la voluntarista convocatoria de la Asamblea que hizo en 1999 el presidente Hugo Chávez, y después de diversas decisiones del Tribunal Supremo que, en definitiva, abrieron la vía para su elección, ésta se efectuó con el condicionante de que la Asamblea debía funcionar dentro del marco de la propia Constitución vigente para el momento, tal como se había interpretado por el Supremo Tribunal.

Un referendo consultivo, similar a la consulta popular que se ha efectuado en Ecuador el 15 de abril de 2007, precedió la elección de los miembros de la Asamblea, la cual sin embargo, por el sistema electoral que se diseñó en forma unilateral (como también ha ocurrido en Ecuador), la misma resultó dominada en más de un 95% por los seguidores del presidente Chávez, constituyéndose en esa forma en un instrumento político de exclusión, que le aseguró el asalto y apoderamiento total del poder. La Asamblea Constituyente de Venezuela, de 1999, le impuso a los venezolanos sin que hubiera consenso ni conciliación alguna, un texto constitucional que, lamentablemente, ni perfeccionó la democracia, ni aseguró la descentralización política, ni solidificó la separación de poderes, ni aseguró la independencia y autonomía del poder judicial. Todo ello con la grave consecuencia de que a pesar de las avan-

982 V. Allan R. Brewer-Carías, *Problemas del Estado de Partidos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988; *La crisis de las instituciones: responsables y salidas*, Cátedra Pío Tamayo, Centro de Estudios de Historia Actual (mimeografiado) FACES, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1985, publicado también en *Revista del Centro de Estudios Superiores de las Fuerzas Armadas de Cooperación*, n° 11, Caracas 1985, pp. 57-83; y en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 64, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1985, pp. 129-155

zadísimas regulaciones establecidas en materia de derechos humanos, ellos en la práctica no pasan de la sola letra de la Constitución, sin posibilidad efectiva de ejercicio cuando se está en posición antagónica al gobierno, dado el sometimiento del poder judicial al poder político y el proceso de criminalización de la disidencia.

La Constitución de 1999, que resultó del trabajo de la Asamblea Nacional Constituyente, en consecuencia y lamentablemente, fue una Constitución que diseñó un sistema de concentración del poder en el Ejecutivo, con una clara exclusión respecto de los partidos políticos, que funciona en un sistema político de presidencialismo extremo y exacerbado, montado sobre un militarismo constitucional nunca antes conocido en el país, y en una forma de Estado signada por el centralismo, en el cual la Federación no es más que una simple palabra sin contenido alguno, y sin posibilidad efectiva alguna de provocar descentralización política. Ese Estado, además, por la concentración del poder, ha originado un poder judicial sometido y dependiente, que no garantiza la vigencia efectiva de los derechos humanos. Por otra parte, el esquema, además, está montado sobre un estatismo extremo que se ha alimentado por la riqueza petrolera estatal, lo que en definitiva imposibilita la participación política, la cual sólo puede darse cuando el poder está cerca del ciudadano y sus comunidades, actuando con autonomía.

Ese Estado todopoderoso, que todo lo controla y todo lo posee, además, con la excusa de la política antipartido, ha ahogado la democracia en lugar de haberla perfeccionado, eliminando totalmente el sistema democrático pluralista de partidos. Ello se corrobora con el proyecto en curso de formación de un sistema de partido único imbricado en el Estado y la Administración, para controlar y usar el “Estado rico” propio de un país pobre que tenemos, con políticas populistas que en definitiva están acabando con la propia democracia y el pluralismo.

La Asamblea Nacional Constituyente, por tanto, por si misma no es la solución de nada. No es por supuesto una panacea, y si bien puede ser un instrumento para rediseñar el sistema político y perfeccionar la democracia, particularmente en un momento de crisis política, si no se configura como un instrumento inclusivo, de conciliación y consenso, se puede convertir en el instrumento para consolidar un gobierno autoritario, como fue la experiencia venezolana de 1999.

En todo caso, no hay que olvidar que América Latina ha sido un continente lleno de historias sobre Asambleas Constituyentes. Todos nuestros países han tenido muchas en su historia constitucional, habiendo sido en general fruto de rupturas del hilo constitucional convocadas entonces luego de una revolución, un golpe de Estado o una guerra interna; es decir, han sido en general el producto de un desconocimiento fáctico previo de la Constitución vigente.

Sin embargo, en las últimas décadas, en América Latina se ha venido configurando una nueva modalidad de proceso constituyente y de Asambleas Constituyentes que no han sido el producto de una ruptura constitucional previa, sino que aún cuando no estando previstas y reguladas en la Constitución (como ahora sucede, por ejemplo, en la Constitución de Paraguay), han sido electas en democracia con base en interpretaciones de la Constitución vigente. Es lo que ha sucedido en los últimos lustros, por ejemplo, en Colombia en 1991, en Venezuela en 1999, en Bolivia en 2006 y ahora está en proceso de ocurrir en Ecuador en 2007.

En ese contexto, el caso de Venezuela ha sido sintomático, pues allí, en 1999 se produjo la elección, en democracia y sin que hubiera habido una ruptura previa del

hilo constitucional, de una Asamblea Nacional Constituyente que no estaba prevista ni regulada en la Constitución de 1961, con base en la interpretación de la misma hecha por la Corte Suprema de Justicia; pero con la peculiaridad de que en ese proceso constituyente, fue la propia Asamblea Constituyente, así electa, la que terminó dando un golpe de Estado, irrumpiendo contra la Constitución vigente e interviniendo todos los poderes constituidos, violando el principio democrático de la representatividad. Se trató, entonces, de un golpe de Estado constituyente, que sirvió de instrumento para el asalto al poder, para la violación del orden constitucional y el establecimiento de las bases de un régimen autoritario.

Por tanto, este neo-autoritarismo que los latinoamericanos estamos comenzando a percibir como conformándose en Venezuela, no fue el resultado de un golpe de Estado militarista previo al proceso constituyente de 1999, sino que es el producto del golpe de Estado dado en medio del proceso constituyente por una Asamblea Constituyente cuya misión era otra.

La experiencia venezolana, por tanto, es importante que se conozca en Ecuador, particularmente porque en sus inicios a comienzos de 2007, el proceso ecuatoriano tiene demasiadas similitudes con lo que ocurrió en Venezuela a comienzos de 1999.

Mi intención es referirme, precisamente a los inicios del proceso constituyente en Ecuador y las lecciones de la experiencia venezolana, para lo cual dividiré mi exposición en tres partes: primero voy a intentar hacer un recuento de las vicisitudes políticas y jurídicas del proceso ocurridas en Ecuador en los primeros tres meses de 2007; segundo, me voy a referir al proceso constituyente venezolano de 1999; y tercero, voy a puntualizar lo que en mi criterio son los resultados de aquél proceso, ocho años después.

I. LAS VICISITUDES POLÍTICAS Y JURÍDICAS EN LOS INICIOS DEL PROCESO CONSTITUYENTE EN ECUADOR EN 2007

1. El Decreto presidencial n° 2 de 15 de enero de 2007 de convocatoria a una consulta popular sobre la Asamblea Constituyente

El presidente Rafael Correa, en lo que materialmente fue su primer decreto de gobierno, dictado en el mismo día de la toma de posesión de su cargo, el 15 de enero de 2007, dictó el Decreto n° 2 convocando a una consulta popular para que se convoque e instale una Asamblea Constituyente, en términos muy similares al Decreto n° 3 del presidente Hugo Chávez de Venezuela, dictado en mismo día de la toma de posesión de su cargo el 22 de febrero de 1999 convocando a un referendo consultivo sobre el mismo tema. Los venezolanos en su inmensa mayoría, antes de votar no tuvieron posibilidad real de saber claramente qué era lo que se les estaba consultando, lo que originó múltiples problemas de interpretación constitucional. La verdad es que la Constituyente, en el discurso político del presidente Chávez, había sido total y deliberadamente confundida con el deseo de cambio político, que era real y efectivo, por lo que en definitiva el pueblo por lo que votó fue por ese cambio, sin saber que en realidad estaba votando por un instrumento jurídico constitucional excepcionalí-

simo, por el cual nunca en democracia se había votado antes en toda la historia constitucional del país.

Dada esa experiencia venezolana, los ecuatorianos también debieron haber sabido claramente por qué fue por lo que votaron el 15 de abril de 2007, pero tampoco fue así, al menos de lo que resulta de las encuestas publicadas antes de la elección que mostraron altísimos índices de desconocimiento de que era una Asamblea Constituyente y para qué servía. En todo caso, ya sabrán los ecuatorianos, como *ex post facto* lo supieron los venezolanos, de qué se trata un proceso constituyente resuelto por votación popular.

El Decreto presidencial n° 2, convocando una consulta popular, fue para que el pueblo se pronunciara sobre la siguiente pregunta:

¿Aprueba usted que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes, de conformidad con el Estatuto Electoral que se adjunta, para que transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución?

El Decreto dispuso que en la papeleta de votación, se debía incorporar el Estatuto de la Constituyente relativo a su elección, instalación y funcionamiento que el presidente propuso en forma unilateral, sin debate alguno en el país. En dicho Estatuto, sobre la “naturaleza y finalidad de la Asamblea Constituyente” se dispuso en su artículo 1°, lo siguiente:

Artículo 1. Naturaleza y finalidad de la Asamblea Constituyente. La Asamblea Constituyente es convocada por el pueblo ecuatoriano y está dotada de plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado, y para elaborar una nueva Constitución. La Asamblea Constituyente respetará, profundizando en su contenido social y progresivo, los derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas. El texto de la Nueva Constitución será aprobado mediante Referéndum Aprobatorio.

El Decreto se dictó invocando en sus considerandos, lo dispuesto en la Constitución vigente de 1998, particularmente lo que dispone el artículo 1, que preceptúa que “la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución”, texto que en forma muy similar también estaba en la Constitución venezolana como en todas las latinoamericanas.

Uno de esos medios democráticos en Ecuador -que sin embargo no estaba en la Constitución de Venezuela aún cuando si en la ley del Sufragio- es la consulta popular que el Presidente de la República puede convocar conforme al artículo 171,6 de la Constitución. Sin embargo, conforme a la Constitución, esta disposición sólo podría invocarse cuando se trate de las materias especificadas en el artículo 104, es decir, o para reformar la Constitución conforme se dispone y regula en el artículo 283, o cuando se trate de cuestiones de trascendental importancia para el país, distintas a la reforma de la Constitución.

El Presidente de la República optó por invocar el segundo supuesto de la norma como motivo para convocar la consulta popular, es decir, una cuestión de trascendental importancia para el país *distinta a la reforma de la Constitución*, pero en verdad, con la pregunta formulada para la consulta lo que se logró materialmente fue la creación de un órgano constitucional que no está previsto en la Constitución, es decir, se aprobó una reforma constitucional. En otras palabras, se utilizó una norma constitucional que expresamente dispone que no puede utilizarse en caso de reforma

constitucional para provocar una reforma constitucional. Por tanto, con la aprobación de la consulta el 15 de abril de 2007, en definitiva, se reformó la Constitución sin seguirse las previsiones de los artículos 280 a 284 de la Constitución, al establecerse otro mecanismo para reformar la Constitución distinto a los establecidos en esos artículos, y ello sin seguirse los pasos para la reforma de la Constitución allí regulados.

Estos son temas jurídicos constitucionales que han quedado pendientes de ser resueltos en Ecuador, por el único órgano con poder para ello que es el Tribunal Constitucional. Se trata del dilema entre supremacía constitucional y soberanía popular que tiene que ser resuelto, pero no por las vías de los hechos cumplidos, sino por decisión del máximo intérprete de la Constitución que ejerce la Jurisdicción Constitucional (artículo 276,1). El mismo dilema entre supremacía constitucional y soberanía popular se planteó en Colombia en 1991 y en Venezuela en 1999, y en esos países el tema fue resuelto por la Jurisdicción Constitucional antes de la realización de la consulta popular.⁹⁸³

Pero en el decreto presidencial del Ecuador, como también se expresó en el Estatuto que propuso el Presidente venezolano en 1999, se planteó la convocatoria de una Asamblea Constituyente “con plenos poderes para que transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución”. Con fraseología distinta, pero con exacto sentido y contenido se convocó la Asamblea Constituyente en Venezuela en 1999. Esto plantea otro tema pendiente de discutirse y resolverse, de orden operativo, relativo a si la Asamblea Constituyente durante su funcionamiento, estará sometida, como todos los órganos del Estado y los individuos, a la Constitución de 1998 que le dio origen, la cual conforme se deduce del propio Estatuto de la Asamblea, debería permanecer vigente hasta que el pueblo, mediante referendo, apruebe la nueva Constitución. Ello, por ejemplo, no quedó claro en Venezuela en 1999, y la Asamblea Nacional Constituyente de ese año, una vez electa, se apartó de la Constitución alegando que tenía poder constituyente originario, que en la terminología utilizada en Ecuador es con “plenos poderes”. Es decir, esas dudas que no llegaron a ser dilucidadas en Venezuela con anterioridad a la elección de la Asamblea, condujeron a una Asamblea Constituyente que asumió todos los poderes del Estado, y que intervino y disolvió los poderes constituidos, todo al margen de la Constitución entonces vigente.

A continuación intentaremos resumir los aspectos más resaltantes del debate jurídico que se desarrolló en el Ecuador luego de la emisión del decreto n° 2, hasta la realización de la consulta popular, los cuales hemos elaborado partiendo de las informaciones aparecidas en los medios de comunicación.⁹⁸⁴

983 V. sobre el caso venezolano 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, 296 pp.; “La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción”, en *Revista de Derecho Público*, No 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 453- ss

984 Para ello hemos seguido las informaciones aparecidas en www.ecuadorinmediato.com

2. La sumisión del Decreto Presidencial al Tribunal Supremo Electoral

El Decreto n° 2 dispuso que el Tribunal Supremo Electoral (TSE) debía organizar, dirigir, vigilar y garantizar la consulta popular, por lo que el 16 de enero de 2007, el Presidente de la República le remitió oficialmente el Decreto. El 22 de enero, el Presidente del TSE precisaba el rol del Tribunal diciendo que no le correspondía calificar la constitucionalidad del Estatuto y la convocatoria a consulta popular, sino solo “la viabilidad para ejecutarla”. Entretanto, la prensa ya anunciaba modificaciones al Decreto, particularmente en torno al estatuto de elección de los constituyentes y a su número, que en lugar de 87 podrían ser 130.

Por su parte, el Ministro de Gobierno consideraba que existía un avance en el debate, ya que no se estaba hablando de si había o no Asamblea Constituyente, sino que lo que se discutía era si esta debía ser aprobada por el Tribunal Supremo Electoral o por el Congreso, y reiteraba que el régimen considera que esta debía pasar por el organismo del sufragio, ya que la atribución del Presidente de convocar a una consulta popular, estaba establecida en el artículo 104 de la Constitución.

3. La remisión del Decreto Presidencial al Congreso por parte del Tribunal Supremo Electoral

El 23 enero de 2007, el vicepresidente del Tribunal Supremo Electoral, informaba que el organismo del sufragio había resuelto con cuatro votos contra tres, enviar la consulta popular al Congreso Nacional para que fuera esta función del Estado la que resolviera la convocatoria a una consulta popular en la que el pueblo decidiera la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente. Expresó entonces, que le tocaba al Congreso Nacional resolver la decisión del organismo electoral, que se produjo y advirtió después, de que se había suspendido la sesión por falta de garantías, es decir, por falta de normalidad y seguridad después de incidentes provocados por manifestaciones en los alrededores de la entidad.

En todo caso, la prensa informaba que “el gobierno de Rafael Correa fracasó en su intento de convocar a una consulta popular de forma directa para instalar una Asamblea Constituyente.”

El día siguiente, 24 de enero, el Presidente Correa, en una rueda de prensa en el Palacio Presidencial de Carondelet, rechazó que el Tribunal Supremo Electoral se reuniera clandestinamente para enviar el estatuto de la Asamblea Constituyente y la propuesta de consulta popular al Parlamento Nacional para su aprobación, acusando a los vocales del Tribunal Supremo Electoral, de haber decidido “escondidos en un hotel”, considerando que “rompiendo la Constitución”, habían decidido “pasar la consulta popular, que le ordenamos realizar, al Congreso Nacional”. La prensa reseñaba la opinión de que el ordenamiento jurídico dispone que el Parlamento debía dar su aprobación a consultas presidenciales que supongan reformas constitucionales, y hay distintas interpretaciones sobre este punto.

El Ministro de Gobierno calificó la remisión, como una “mera consulta”, insistiendo que el organismo electoral tenía la obligación de organizar la consulta, según el artículo 104 de la Constitución, es decir, la convocatoria y el trámite de la misma consulta. El Presidente del Tribunal Supremo Electoral (TSE), Jorge Acosta, asegu-

raba que habían analizado todos los fundamentos de derecho para resolver el envío de la consulta y el estatuto de Asamblea Constituyente para que fueran analizadas por el Congreso, criticando la forma en que fueron presionados.

En todo caso, en los días siguientes, el gobierno envió formalmente al Congreso las reformas al Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, que estaba como anexo al Decreto n° 2, formuladas en Decreto n° 54, manifestando su disposición de observar todos preceptos legales, a fin de que no existiera ninguna excusa por parte del Congreso Nacional para no dar paso a la Consulta Popular, exhortando ahora al Congreso a cumplir con uno de los mandatos populares de dar paso a la Asamblea Nacional Constituyente.

El 29 de enero se anunciaba que el Congreso se disponía a decidir sobre el tema, y en el debate, por supuesto se formularon posiciones encontradas, de manera que por ejemplo, el presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales que estudiaba el asunto consideraba “como inconstitucional a la referida consulta popular y al estatuto para la Asamblea Constituyente”, pues para “pretender reformas a la Carta Política, la única vía es el Congreso Nacional”.

En la misma fecha el vicepresidente de la república afirmaba que se había agotado el diálogo con los congresistas y miembros del Tribunal Supremo Electoral sobre la convocatoria a una consulta para instituir una Asamblea Constituyente, y además anticipaba que el Ejecutivo “crearía un Tribunal Electoral *ad hoc* si hasta el jueves 1 de febrero el TSE no organiza la consulta popular”. Ello fue calificado por el Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales como una “violación flagrante a la Constitución y sería un hecho de facto que rebasaría lo poderes del Presidente de la República y nos encontraríamos en un poder dictatorial.”

El 30 enero reseñaba la prensa sobre las miles de personas concentradas ante la sede del Congreso, en Quito, para exigir la convocatoria a una consulta popular sobre una Asamblea Constituyente de plenos poderes, que redacte una nueva Carta Magna.

El 3 de febrero el Presidente de la República, en relación con las discusiones en el Congreso, advertía que el gobierno no aceptaría cambios traumáticos al estatuto de la Constituyente, ni condiciones de la partidocracia, alertado que si el Congreso persistía en trabar la celebración de la consulta, “llamaría nuevamente a la ciudadanía a salir a las calles para que defendiera su derecho a cambiar el país como soberano. La población ya dio muestras de que de no está dispuesta a aguantar más abusos y aclaró que no se ha sembrado vientos para cosechar tempestades, sino ciudadanía para cosechar más democracia.”

Uno de los temas centrales en el debate parlamentario fue el de los plenos poderes que se querían atribuir a la Asamblea Constituyente, a cuyo efecto en la Comisión de Asuntos Constitucionales se presentaron propuestas para la modificación de la pregunta de la consulta, para reducir los “plenos poderes” sólo para elaborar una nueva Constitución, y para elimina la propuesta inicial para que la Asamblea tuviera la posibilidad de modificar el marco institucional del Estado, circunscribiéndose su labor específica a emitir una nueva Carta Política. Se trataba de una propuesta para buscar la posibilidad de que el Congreso diese paso a la consulta incluyendo una modificación del estatuto que permitiera que el Congreso realizase reformas constitucionales que también fueran al mismo referendo ratificatorio al que debía someterse la Constitución de la Asamblea Nacional Constituyente.

El 8 de febrero otro diputado indicaba que se buscaba consenso en cuanto al tema de la consulta popular y posterior instalación de la Asamblea Constituyente, de manera que la misma respetara “los poderes constituidos y garantizara la participación de todos los ciudadanos”. Agregaba el diputado que la constituyente debía “respetar las funciones de las instituciones legalmente constituidas”, aclarando que “dar plenos poderes se corre el riesgo no únicamente de una disolución del Congreso, sino del Ejecutivo, Corte Suprema, tribunales Constitucional y Supremo Electoral, algo que podría desarticular el aparato institucional del Estado, lo cual nadie apoya.” A ello respondió el 9 febrero el Ministro de Gobierno, indicando “que no se pretende, a través de la Asamblea, disolver los poderes del Estado.” Otros diputados consideraban, al contrario que “la Asamblea Nacional Constituyente es de plenos poderes aunque otros digan lo contrario, ya que está establecido en diferentes doctrinas que una Asamblea tiene plenos poderes, a diferencia de una reforma constitucional que se podría hacer desde el Congreso.”

De acuerdo con este debate, una de las propuestas en el Congreso, apuntaba a que la Asamblea Constituyente respetara “los periodos del Ejecutivo, Legislativo, prefectos, alcaldes, consejeros, concejales y delegados a Juntas Parroquiales”, y no interfiriera en sus funciones; otros congresistas plantearon la necesidad de que se le dieran “atribuciones ilimitadas a la Asamblea”. Una de las propuestas que se formularon para el pronunciamiento del Congreso se formuló sobre la base del artículo 283 de la Constitución, con el estatuto incluido, para que los ecuatorianos contestaran la siguiente pregunta:

“Está usted de acuerdo en que se convoque a una Asamblea Nacional Constituyente con el único propósito de hacer una nueva Constitución Política de la República. Ésta asamblea no podrá modificar los periodos de presidente vicepresidente de la República, diputados, prefectos, alcaldes, concejales, consejeros y juntas parroquiales. Ni el Congreso ni el Gobierno nacional interferirán en la labor de la asamblea ni ésta última en aquellos”.

El 12 febrero el Presidente de la República, ante la falta de decisión del Congreso, anunciaba que si no se decidía el asunto perentoriamente por el Congreso y el Tribunal Supremo, “se organizará un tribunal electoral Ad hoc que organice el referéndum”, insistiendo en que no cedería sobre el tema de los “plenos poderes” que se quería eliminar “para no poner en peligro a la partidocracia”. Anunciaba: “El plan B lo tenemos listo: hemos dicho que creemos que constitucionalmente se puede hacer un tribunal electoral Ad Hoc, de acuerdo al artículo 104, porque quien convoca a la consulta no es el TSE, es el Presidente, la consulta está convocada y el Tribunal tiene que ejecutarla y si el Tribunal no la ejecuta, el Presidente tiene todo el derecho de nombrar un Tribunal Ad hoc que organice la consulta que constitucionalmente está convocada.”

4. La decisión del Congreso

El 13 de febrero de 2007, con 57 votos, el Congreso Nacional aprobó dar paso a la consulta popular como paso previo a la instalación de una Asamblea Constituyente, pero con una serie de modificaciones al proyecto original.

En particular, resolvió calificar “de urgente la convocatoria a consulta popular para que el pueblo se pronuncie sobre la instalación de una Asamblea Constituyente de

plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado y para elaborar una nueva constitución, respetando la voluntad popular expresada en las urnas, tanto el 15 de octubre como el 26 de noviembre del 2006.”

Los legisladores además, incorporaron al artículo 1 del Estatuto de la Asamblea que se refiere a su naturaleza y finalidad, el siguiente inciso:

La transformación del marco institucional del Estado y la nueva Constitución entrarán en vigencia con la aprobación, en referéndum, de la nueva Constitución.

Finalmente decidieron remitir la resolución al Presidente de la República para los fines pertinentes y dispusieron que el Tribunal Supremo Electoral en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y legales, organice supervise y dirija el proceso de consulta popular.

El Presidente de la República el 14 de febrero consideraba que con esa decisión, el Congreso “se había sometido a la voluntad popular al haber aprobado la consulta popular con 57 votos”; y en esa misma fecha, se anunciaba la decisión del Tribunal Supremo Electoral, de que la convocatoria oficial de la consulta popular se haría el 1 de marzo y la votación se realizaría el 15 de abril de 2007; aún cuando se encontraba a la espera de “una posible modificación al estatuto para la Asamblea Constituyente, por parte del Ejecutivo.” Uno de sus miembros sugirió al Presidente de la República que tomara en cuenta las sugerencias de los legisladores, y emitiera un nuevo decreto ejecutivo con el que reforme al estatuto inicial.

En la misma fecha del 14 de febrero, el Presidente de la República, ya manifestaba su posición sobre el tema central del debate parlamentario, cuestionando la decisión del Congreso y anunciando que “una vez que se haya instalado la Asamblea Nacional Constituyente pondrá a disposición su cargo y pedirá la disolución del Congreso Nacional”; ello a pesar de que el Parlamento en día anterior había negado la posibilidad de que la Constituyente destituya a las dignidades elegidas el 15 de octubre y el 26 de noviembre.

De igual forma, el Presidente de la República consideró, que era “necesario reconocer que el poder constituyente trabaja en base a que la soberanía radica en el pueblo”, y asimismo, el 18 de febrero además, precisaba que “para el Gobierno, la consulta está en el Tribunal Supremo Electoral (TSE) y no en el Congreso Nacional.”

5. El debate sobre la decisión a cargo del Tribunal Supremo Electoral

Con la decisión del Congreso se abrió un nuevo debate en torno a los pasos a seguir, y en particular sobre lo que el Tribunal Supremo Electoral debía hacer.

El mismo 14 de febrero, uno de sus vocales explicaba que el Congreso había realizado “algunas propuestas sobre el estatuto”, precisando que “ese es un tema que está contemplado en el decreto Ejecutivo enviado por el Presidente de la República, por lo cual el Primer Mandatario es quien decide si acoge o no las sugerencias realizadas por el Parlamento, puesto que lo que ha hecho el Congreso es remitir, tanto al Presidente como al TSE, que se viabilice la consulta popular.” Agregaba que pensaba que el Presidente debía dictar un nuevo Decreto, y que el había tomado la iniciativa de la convocatoria a la consulta popular con el Decreto n° 2, que luego reformó con el Decreto n° 54, y que “ahora también deberá reformarlo si es que así es el caso, to-

mando en cuenta las sugerencias del Congreso Nacional.” De ello concluía señalando que lo único que debía hacer el Tribunal Supremo Electoral “es codificar los tres decretos ejecutivos para efectos del estatuto, porque la pregunta está desde el Decreto n° 2.”

Para el 21 de febrero, el Tribunal Supremo Electoral se encontraba analizando el documento que condensa en uno solo los decretos ejecutivos n° 002 y 54, concernientes al estatuto para la Asamblea Popular; informándose que habían discrepancias en torno a si ese documento también debía incluir las reformas realizadas por el Congreso Nacional al momento de calificar como urgente el llamado del Ejecutivo. Para algunos vocales del organismo, las modificaciones que el Congreso Nacional había hecho al estatuto de la consulta popular “serían válidos si el Presidente de la República las acoge, puesto que es él quien tiene la iniciativa legislativa porque es el que puede a través de un Decreto Ejecutivo convocar a la consulta popular y además hacerlo, como lo hizo, con la inclusión de un estatuto para que el pueblo ecuatoriano lo acoja o no el momento de la consulta.” Agregaba el Vocal que “si el Presidente acoge esas observaciones realizadas desde el Legislativo pues ese también será un tercer decreto que esperamos llegue antes del 1 de marzo para nosotros poder anunciar la convocatoria en base a la pregunta y al estatuto que codificaría un tercer decreto”.

En el Tribunal Supremo Electoral se esperaba, por tanto, la emisión de un nuevo decreto por el Presidente de la República que acogiera las propuestas del Congreso y refundiera los decretos n° 2 y 54; y para el 26 de febrero, uno de sus vocales consideraba que si se emitía un nuevo decreto, el “Congreso Nacional debería conocer y tramitar un nuevo estatuto si esa fuere la decisión del ejecutivo, caso contrario y por la premura del tiempo el TSE deberá aprobar el estatuto incluyendo las observaciones del Congreso Nacional cuando aprobó la calificación de la consulta popular.”

6. El nuevo decreto presidencial y la decisión del Tribunal Supremo Electoral de convocar la consulta popular

El 27 de febrero, en todo caso, el Presidente de la República emitió un nuevo decreto n° 148, conservando el texto de la pregunta formulada en el Decreto inicial n° 2 del 15 de febrero, anexando el Estatuto Electoral en el cual se incorporaron modificaciones diversas, el cual fue entregado al Tribunal Supremo Electoral el 28 de febrero.

En particular, la pregunta aprobada fue la siguiente:

¿Aprueba usted que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes, de conformidad con el Estatuto Electoral que se adjunta, para que transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución?

Dicho texto fue idéntico al propuesto inicialmente por el Presidente, por lo que las propuestas del Congreso no fueron acogidas por el Presidente.

En cuanto al Estatuto, en particular respecto del artículo 1° del mismo, el texto aprobado para ser sometido a la consulta popular fue el siguiente:

Artículo 1. Naturaleza y finalidad de la Asamblea Constituyente. La Asamblea Constituyente es convocada por el pueblo ecuatoriano y está dotada de plenos poderes para transfor-

mar el marco institucional del Estado, y para elaborar una nueva Constitución. La Asamblea Constituyente respetará, profundizando en su contenido social y progresivo, los derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas. El texto de la Nueva Constitución será aprobado mediante Referéndum Aprobatorio.

La transformación del marco institucional del estado y la nueva Constitución, sólo entrarán en vigencia con la aprobación en referéndum, de la nueva Constitución.

En este caso, el texto del artículo 1° también fue idéntico al originalmente propuesto, al cual sin embargo, el Presidente le agregó el último párrafo, que había sido propuesto por el Congreso.

En esos términos fue convocada la consulta popular sobre la Asamblea Constituyente por el Tribunal Supremo Electoral, lo cual fue saludado por el Presidente de la República quien agradeció a dicho Tribunal, en especial a su Presidente, por haber dado paso a la convocatoria “desobedeciendo las instrucciones y amenazas del partido que lo auspició, cumplió su responsabilidad con el país y con la historia”. En cambio en el Congreso una mayoría de diputados ya anunciaba sanciones contra dicho funcionario por no desconocer las decisiones del Congreso y no haber reenviado el texto de la convocatoria a la consulta popular a su consideración. Frente a ello, el Presidente de la República expresó su solidaridad al principal del TSE frente a las sanciones que anunciadas, considerando que la llamada mayoría parlamentaria estaba “aplastando no solo al Congreso, sino a la Patria entera”

7. La reacción del Congreso contra el Tribunal Supremo Electoral: remoción del Presidente del Tribunal Supremo Electoral

El mismo 2 de marzo, en el Congreso se pedía a su Presidente que convocara una sesión extraordinaria con el objetivo de, mediante resolución, destituir al presidente del Tribunal Supremo Electoral, por haber “traicionado la Constitución” al aprobar el estatuto reformado para integrar la Asamblea Constituyente, enviado por el Ejecutivo para viabilizar la consulta popular.

Ello provocó la inmediata reacción del Tribunal Supremo Electoral, donde entre otros factores se consideró la entrada en vigencia, el mismo día 1° de marzo de la nueva Ley de Elecciones que impediría la remoción sugerida dado el carácter de autoridades máximas de lo electoral que tenían. Además, el presidente del Tribunal Supremo Electoral anunciaba que “nada ni nadie” podía interrumpir el período electoral, considerando los cargos de los miembros del Tribunal como intocables, una vez que entró en vigencia la Ley de Elecciones. Otros miembros del Tribunal advirtieron que quien se opusiera al proceso electoral sería sancionado con “la destitución del cargo y el levantamiento de sus derechos políticos.”

En todo caso, el Congreso resolvió el 6 de marzo de 2007 con el voto de 52 de los 73 legisladores declarar la pérdida de calidad de representante de Presidente del Tribunal, como lo declararon varios legisladores, “por haber incumplido con los mandatos constitucionales y políticos asignados”, considerándose que el Estatuto Electoral modificado debió ser remitido al Parlamento para su análisis, es decir, que debió haberse sometido nuevamente a consideración del Congreso, “para asegurar la legitimidad, legalidad y constitucionalidad del proceso electoral”. Es decir, el Congreso decidió reemplazar al Presidente del Tribunal Supremo Electoral por haber

dicho que el organismo ha convocado una consulta popular “sin que el Parlamento conozca el texto del estatuto de la Asamblea Constituyente enviado por el Ejecutivo a esa corte”. Uno de los legisladores declaró que “al aceptar la calificación de urgente de la consulta sobre la base del artículo 283 de la Constitución, el régimen reconoció la potestad del Congreso para resolver el tema, por lo que al cambiar el estatuto tenía que poner nuevamente en consideración de los diputados.”

El 7 de marzo, además, el Congreso aprobó iniciar un juicio político en contra de los cuatro vocales que aprobaron la convocatoria de la Consulta Popular, designando además el reemplazo del Presidente.

8. La demanda e inconstitucionalidad de la convocatoria a consulta popular presentada por el Congreso ante el Tribunal Constitucional

El Congreso, el 2 de marzo, había aprobado con el voto de 58 legisladores de 71 presentes, demandar ante el Tribunal Constitucional, la inconstitucionalidad de la convocatoria de Consulta Popular realizada ayer por el Tribunal Supremo Electoral. Se consideró que el procedimiento desarrollado por el Tribunal Supremo Electoral, “no siguió el procedimiento correcto” señalando que el Gobierno debió haber enviado el estatuto al Congreso para su calificación previa, ya que no se trata de una codificación, ya que el decreto tuvo varias modificaciones, lo que implicaba que se trataba de un nuevo documento.

La demanda de inconstitucionalidad se presentó ante el Tribunal Constitucional el 9 de marzo, con expresa solicitud de celeridad, expresando el Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales que se trataba de un “primer paso para frenar una dictadura”, con el argumento, entre otros, de que para convocar a la consulta se había invocado equivocadamente el artículo 104 de la Constitución y se había violado el artículo 283, para “consagrar un proyecto totalitarista”

Sobre la demanda de inconstitucionalidad que preparaba el Congreso, el Presidente de la República el 6 de marzo ya declaraba que la misma no cabía, y que la misma sería una obstrucción a un proceso electoral en marcha, y obstruirlo “sería una descarada intromisión de un poder del Estado en otro poder en principio independiente”, advirtiendo que ello no se permitiría “decida lo que decida la mayoría anti patriota, anti histórica, anti ciudadana corrupta,” y anunciado que el Gobierno garantizaba “el funcionamiento de este Tribunal Supremo Electoral y la ejecución de la consulta popular.” El 9 de marzo, el Presidente del Tribunal Constitucional, rechazaba las declaraciones del Presidente de la República de que no acatará los fallos de esa institución y adujo ese criterio al carácter “jovial, impulsivo y extrovertido” del Primer Mandatario esperando “que se trate de una broma, caso contrario dijo que sería mejor cerrar las puertas de todo lo que no sea Presidencia de la República”.

Por su parte, antes de que el Congreso adoptara su decisión de demandar, en el Tribunal Supremo Electoral se amenazaba con su destitución “si llegara a firmar el trámite de la demanda para impedir la consulta popular”; y el 6 de marzo, el presidente del Tribunal Supremo Electoral expresaba que un eventual pronunciamiento de inconstitucionalidad a la consulta popular, planteada por el Congreso Nacional al Tribunal Constitucional, “no puede obstaculizar un referéndum ya convocado, puesto que su decisión no tendría un carácter retroactivo.” Agregaba además, amenazando al Tribunal Constitucional, que “en estos momentos del periodo electoral nada ni

nadie puede detener el proceso”, y otro miembro del organismo señalaba que “un fallo en contra de la consulta sería ilegítimo,” agregando que “si los vocales del Tribunal Constitucional pretenden tramitar incluso esa demanda, y peor aún resolverla, también están atentando en contra del proceso electoral y serán juzgados.”

Las amenazas contra el Tribunal Constitucional siguieron, y el 13 de marzo el Tribunal Supremo Electoral dio a conocer que los vocales de la Comisión de Admisibilidad del Tribunal Constitucional serían sancionados por haber dado acogida y acceder a tramitar la demanda presentada por el Congreso Nacional para evitar la realización de la consulta popular el 15 de abril. Además, uno de los integrantes del Tribunal Supremo Electoral consideró que los vocales del Tribunal Constitucional debían “inadmitir cualquier demanda en contra del Tribunal, el artículo 155 así lo establece porque se trataría de una interferencia más al proceso electoral que está en marcha.”

9. La reacción del Tribunal Supremo Electoral contra el Congreso: la remoción de 57 congresistas

La reacción del Tribunal Supremo Electoral contra el Congreso no se hizo esperar, y para el 7 de marzo comenzaba a analizar los efectos jurídicos de la resolución adoptada por el Congreso Nacional en la que se da por destituido al Presidente del Tribunal, sin descartar abrir expedientes para todos los 52 congresistas que votaron a favor de la destitución del Presidente Acosta: “y quienes votaron por la demanda, y esta primera interferencia a la consulta”. El 8 de marzo el Tribunal Supremo Electoral tomó una resolución solicitando a la Corte Suprema de Justicia que, en aplicación del artículo 143 de la Ley Orgánica de Elecciones, iniciase acciones legales en contra de los 52 de los 73 diputados presentes en la sesión que ayer desarrolló el Congreso Nacional. Se informó en la prensa que “las razones que argumenta el Tribunal Supremo Electoral para la destitución de los legisladores se deben básicamente a que presentaron una demanda de inconstitucionalidad en contra de la consulta popular y también por la destitución del presidente del Tribunal”. Además, el Presidente del Tribunal manifestaba que: “La figura de sustitución no está prevista en la Constitución Política del Estado, en consecuencia este Tribunal Supremo Electoral ha procedido a destituir de sus cargos o dignidades de diputados y suspender los derechos políticos por un año a todos los diputados que votaron por la sustitución y en contra de la consulta, además de aquellos diputados que presentaron la demanda de inconstitucionalidad en contra de este Tribunal”.

Causa sorpresa, en medio de la polémica y el conflicto, sin embargo, que se sancione a alguien por ejercer un derecho constitucional como es el derecho a la supremacía constitucional mediante la interposición de una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Como el 9 de marzo lo indicaba el Presidente del Congreso, en el sentido de que enviar la demanda de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, “estuvo de acuerdo a lo que manda la ley”, agregando que “hemos procedido como manda la Constitución, hemos presentado la demanda de Inconstitucionalidad al Tribunal respectivo para que se pronuncie sobre el tema y mientras el Tribunal no lo haga, yo no voy a dar ninguna opinión al respecto.”

En todo caso, la sanción se pronunció y ya el 9 de marzo, el Presidente del Congreso Nacional, recibía la notificación de parte del Tribunal Supremo Electoral, para

que procediera a la destitución de los 57 diputados que votaron a favor de la sustitución del Presidente del Tribunal Supremo Electoral. El 8 de marzo, el Gobierno anunciaba que haría respetar y cumplir la resolución constitucional del Tribunal Supremo Electoral, de destituir a los 57 diputados que se oponen a la consulta popular.

Frente a esta decisión, adoptada conforme a la Ley de Elecciones, también llama la atención, desde el punto de vista constitucional, la figura que contiene en cuanto a la destitución aplicada a representantes populares electos. En efecto, el artículo 155.a de la Ley Electoral, parece más bien destinado a sancionar a las autoridades, funcionarios o empleados públicos, fundamentalmente de la rama ejecutiva, que interfieran en el funcionamiento de los organismos electorales, pero resulta extraña su aplicación a representantes electos, por actos adoptados en ejercicio de sus funciones. En una democracia representativa, los representantes electos por el pueblo en principio solo pueden perder su investidura cuando el mismo pueblo les revoca el mandato, tal y como expresamente está regulado en la Constitución de Ecuador.

En todo caso, el Presidente del Congreso solicitó al Tribunal Constitucional que dirimiera la constitucionalidad de las actuaciones del Tribunal Supremo Electoral, de destituir a 57 legisladores, lo cual no fue admitido por el Tribunal según decisión del 13 de marzo. La razón para ello habría sido que el pedido fue presentado por el Presidente del Congreso, sin ponerlo a consideración de los diputados, por lo que en el caso se carecía de resolución del Congreso Nacional en el que se hubiera autorizado al Presidente a presentar la demanda de “dirimencia de competencia.”

La destitución de los congresistas, que conformaban en número una mayoría del parlamento, por supuesto paralizó al órgano legislativo,

10. La reacción de los congresistas: las acciones de amparo intentadas contra la decisión del Tribunal Supremo Electoral

La destitución de los congresistas, que conformaban en número una mayoría del parlamento, por supuesto paralizó al órgano legislativo. En varias ocasiones como se reseñó en la prensa el 13 de marzo, intentaron penetrar al edificio donde funcionaba el Congreso y ello les fue impedido por la policía.

El Presidente del Congreso, a pesar de la destitución resolvió tomar lista a los diputados destituidos, por no haber recibido correctamente la resolución del Tribunal Supremo Electoral, indicando que no podía posesionar a los diputados alternos porque no tenía la información oficial de dicha nómina que debía entregar el Tribunal Supremo Electoral.

El 15 de marzo, ante la imposibilidad de que el Congreso sesionara, el Presidente de la República advertía que no excluía la posibilidad, “por las funciones que la Constitución otorga al Presidente, de que sea el Presidente quien convoque a un congreso extraordinario para que se principalicen los suplentes y siga funcionando el Congreso”. Ello fue rechazado por el Presidente del Congreso, indicando que en esa materia la Constitución era muy clara pues el Presidente solo podía convocar a un Congreso extraordinario cuando el Congreso Nacional se encuentre en receso.

Posteriormente, el 20 de marzo, se informó que el Presidente del Congreso, amparado por una resolución de la Corte Suprema de Justicia procedió a posesionar a 21

legisladores alternos de aquellos que habían sido destituidos, con lo que el congreso tuvo una sesión después de casi dos semanas de paralización.

El 15 de marzo, igualmente, congresistas destituidos intentaron diversos recursos de amparo contra la decisión del Tribunal Supremo Electoral. En esa misma fecha, dos jueces de poblaciones costeras admitieron las acciones y en las inmediaciones de la sede de uno de esos tribunales, se sucedieron manifestaciones públicas violentas.

El Presidente del Tribunal Supremo Electoral de nuevo reaccionó indicando que no eran “admisibles interferencias de ninguna especie”, sin descartar la destitución de esos funcionarios judiciales. Por su parte, el presidente de la Corte Suprema de Justicia, explicó que los jueces eran competentes para conocer y resolver recursos de amparo en cualquier lugar del país, y que ante un pedido del Tribunal Supremo Electoral de que revisase la actuación de los magistrados, no interferiría en las decisiones de los jueces.

El 14 de marzo, el pleno del Tribunal Supremo Electoral dio a conocer que trataría el punto de la destitución de los jueces 14 y 22 de lo Civil de Manabí, quienes habían acogido los trámites de recurso de amparo en contra de la realización de la consulta popular y la destitución de 57 diputados, amenazando en el sentido de que “los jueces que acojan demandas contra sus resoluciones serán sancionados,” agregando que “no se puede ir en contra de las decisiones del Tribunal Supremo Electoral, no se puede suspender los efectos de las convocatorias y de las sanciones impuestas por el Tribunal.” En los casos concretos, la prensa informaba que “los abogados del Tribunal Supremo Electoral que acudieron a las diligencias en Manabí manifestaron que los jueces difícilmente acogerán los recursos porque ya se han abierto los expedientes en su contra y corren el riesgo de ser destituidos.”

De nuevo llama la atención, desde el punto de vista constitucional, que se pueda considerar que el legítimo y constitucional ejercicio de la función judicial de protección de los derechos constitucionales, se pueda considerar como una conducta ilegítima sancionable con destitución por el Tribunal Supremo Electoral. El poder judicial es independiente y autónomo, y lesiona dicha autonomía la posibilidad de que los jueces que dicten sentencias en las materias de su competencia puedan ser destituidos por ello. De nuevo, el sentido lógico de las previsiones de la ley Electoral sobre interferencia de las elecciones no se puede aplicar a los jueces que ejercen sus competencias legales y constitucionales.

Pero el 16 de marzo, las amenazas del Presidente del Tribunal Supremo Electoral ya eran directas, declarando que “sancionará a aquellos jueces que acojan demandas contra el proceso electoral en marcha o contra cualquier decisión que adopte el organismo. No se puede ir en contra del Tribunal Supremo Electoral, no se pueden suspender los efectos... de las sanciones impuestas por el Tribunal”.

Sin embargo, uno de los jueces que había admitido acciones de amparo, el juez de Guayas, lo declaró con lugar, ordenando la restitución en sus cargos a los 57 congresistas que habían sido destituidos por el Tribunal Superior Electoral, y el 17 de marzo, la Juez Cuarta penal de Guayas, negó la solicitud de ampliación y nulidad formulada contra dicha decisión por el Presidente del Tribunal Supremo Electoral. Para el 2 de abril, otros jueces de Pichincha y de Aznay habrían desechado recursos de amparos sobre el mismo caso de los diputados destituidos. Por otra parte, el 22 de marzo del 2007, un diputado jefe de uno de los bloque legislativo del Congreso, por

otra parte, acudió al Tribunal Constitucional solicitando que se decidiera el archivo de las dos acciones de amparo que se han planteado en un juzgado de Pichincha y en otro de Manabí.

El 30 de marzo, sin embargo, el Presidente del Tribunal Supremo Electoral expresaba públicamente que el Tribunal desconocía la sentencia del fallo del juez 25 del juzgado del Guayas, indicando que el mismo no tenía vigencia; y el 5 de abril de 2007, el Consejo Nacional de la Judicatura hizo efectiva la resolución del Tribunal Supremo Electoral, quien destituyó al juez decimoquinto de lo penal del Guayas, por aceptar un recurso de amparo constitucional a favor de los diputados destituidos.

El 2 de abril de 2007, el Tribunal Supremo Electoral ratificó la resolución que había adoptado el 7 marzo mediante la cual destituyó de su cargo a 57 legisladores, anunciando además, que el fallo del juez suplente decimoquinto de lo penal del Guayas, a favor de los congresistas destituidos, era ilegal e inconstitucional, y que por eso no se debía permitir el ingreso de los diputados a la sede del Congreso, cuyas sesiones, en todo caso fueron suspendidas el 3 de abril, y el Presidente del Congreso clamaba en la prensa porque el Tribunal Constitucional decidiera la cuestión; "Ni los unos ni los otros, el Tribunal Constitucional es el que tiene la última palabra y voy a acatar lo que diga el Tribunal Constitucional".

11. La ausencia de decisión del Tribunal Constitucional y las cuestiones de interpretación constitucional que quedaron pendientes después de aprobada la convocatoria sometida a consulta popular

Conforme a la Ley de Control Constitucional del Ecuador, el Tribunal Constitucional es el "órgano supremo del control constitucional" (artículo 3), y ante un conflicto constitucional como el que se evidencia del recuento de las vicisitudes jurídicas planteadas en tres meses, desde el 15 de enero al 15 de abril de 2007, tenía que haber decidido.

Llama la atención, sin embargo, que en ese período, antes de la votación de la consulta popular, el Tribunal Constitucional no haya decidido ninguna de las acciones intentadas en su sede, y ni siquiera por vía indirecta, haya decidido con motivo de la consulta obligatoria que debe realizar de las sentencias de amparo conforme al artículo 52 de la Ley de Control Constitucional.

Lo cierto de esta situación, a diferencia de lo que ocurrió en Venezuela, es que la consulta popular sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente se realizó sin que en Ecuador se hubiera, dilucidado judicialmente los aspectos centrales del debate constitucional que provocó el Decreto n° 2 del Presidente de la República.

Ahora bien, el 15 de abril de 2007, como se había programado por el Tribunal Supremo Electoral en Ecuador se efectuó la consulta popular sobre la convocatoria e instalación de una Asamblea Constituyente, habiendo resultado una votación por el SI de un 81,72 % de los votos emitidos, un porcentaje inédito en la historia de las consultas electorales en Ecuador. En la consulta votaron por el NO sólo un 12,43 % de los votantes, habiendo habido una abstención del 28,40 de los electores. Los votos nulos fueron un 5,07% y los blancos un 0,78 %.

De lo anterior resulta claramente, por tanto, que conforme a la pregunta formulada a los ecuatorianos, tal como resulta de su redacción, así como del sentido propio

de las palabras utilizadas, es claro que se votó masivamente por la elección e instalación de una Asamblea Constituyente no solo para “elaborar una nueva Constitución”, sino para que, además, con “plenos poderes”, durante el período de su funcionamiento, para que “transforme el marco institucional del Estado”.

Ateniéndonos a la pregunta de la consulta popular, si sólo se tratara de una Asamblea para proponer la transformación institucional del Estado e incorporar la propuesta en la nueva Constitución que se elabore, la misma, tal como fue formulada y votada, resultaría redundante. Al contrario, la redacción utilizada en la pregunta apunta claramente a que la Asamblea Constituyente tendría dos misiones diferenciadas: primero, transformar el marco institucional del Estado; y segundo, elaborar una nueva Constitución; y lo primero no es otra cosa que una Asamblea Constituyente con plenos poderes (poder constituyente originario en la terminología venezolana) para, durante el período de su funcionamiento, transformar los Poderes constituidos (que son los que conforman el marco institucional del Estado). Los límites que en este sentido resultaban de la propuesta que formuló el Congreso, fueron ignorados por el Presidente de la República y por el Tribunal Supremo Electoral.

Ello podría significar que aprobada como fue la pregunta en la consulta popular, la Asamblea a ser electa podría pretender asumir plenos poderes para intervenir todos los Poderes Públicos constituidos, es decir, remover o limitar al Presidente de la República interviniendo en el gobierno (lo cual luce improbable en este caso); disolver el Congreso, incluso asumiendo la función legislativa; intervenir los poderes provinciales y cantorales; remover y sustituir los Magistrados de la Corte Suprema del Justicia, del Tribunal Supremo Electoral y del Tribunal Constitucional, y al Contralor General del Estado y, en general, intervenir el Poder Judicial y el Ministerio Público.

Sin embargo, debe advertirse que junto con la aprobación de la pregunta formulada en la consulta popular, el voto mayoritario también aprobó el Estatuto de la Asamblea Constituyente, y en el artículo 1º, del mismo, al repetirse básicamente el contenido de la pregunta, se agregó expresamente que no sólo el texto de la Constitución debe ser posteriormente aprobado mediante referendo aprobatorio, oportunidad en la cual entrará en vigencia, sino que la transformación institucional del Estado que disponga la Asamblea, también “sólo entrará en vigencia con la aprobación mediante referendo de la nueva Constitución”.

Este agregado al artículo 1º del Estatuto de la Asamblea, propuesto por el Congreso y acogido en el Decreto n° 148 del Presidente de la República, sin duda plantea un tema de debate constitucional que queda pendiente de ser dilucidado, y que debería ser resuelto antes de que la Asamblea se elija, de nuevo, por supuesto, por el Tribunal Constitucional, y que resulta de la confrontación del párrafo final de dicho artículo 1 del Estatuto con el texto de la pregunta formulada en la consulta popular.

El agregado del artículo 1º puede considerarse que le quita poder a la Asamblea Constituyente para tomar decisión alguna que implique transformar el marco institucional del Estado con aplicación inmediata durante su funcionamiento, ya que las decisiones que pueda adoptar en este sentido sólo podrán entrar en vigencia una vez aprobada la nueva Constitución mediante referendo aprobatorio. En consecuencia, los poderes constituidos no podrían ser intervenidos por la Asamblea, ni desconocidos en forma alguna.

Pero además, en el texto del artículo 1º del Estatuto de la Asamblea Constituyente, se estableció otro límite esencial a la Asamblea, cuyo alcance también debe ser dilucidado constitucionalmente, y es que la Asamblea “respetará, profundizando en su contenido social y progresivo, los derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas”. Esto significa, no sólo que la Asamblea está obligada a respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino que ello debe hacerlo profundizando en su contenido social y progresivo, y esto último no es otra cosa que el principio de la progresividad, que apunta a que lo que proponga la Asamblea en ningún caso pueda consistir en desmejorar el régimen actual de los derechos humanos.

Por ora parte, este límite a la Asamblea, implicaría que la misma, al tener que respetar los derechos fundamentales de los ecuatorianos, tendría que respetar por ejemplo, los derechos políticos de los ciudadanos, como el derecho pasivo al sufragio, de manera que tendría que respetar el derecho de aquellos representantes populares electos, que están en ejercicio de sus cargos, a ejercer sus funciones durante el período para los cuales fueron electos. Esto significaría que la transformación institucional del Estado, incluso entrando en vigencia al aprobarse la nueva Constitución, no podría afectar esos derechos.

Este, sin duda, es otro tema constitucional de primer orden que tendría que dilucidarse.

II. ASPECTOS MEDULARES DEL PROCESO CONSTITUYENTE DE VENEZUELA DE 1999

Situaciones similares se presentaron en Venezuela mediante la convocatoria y elección, en 1999, de una Asamblea Nacional Constituyente, que dio como resultado la sanción de una nueva Constitución, que fue la número 26 en la historia constitucional del país desde 1811.

1. La crisis del sistema de partidos y la necesidad de recomponer el sistema político

Por supuesto, no era la primera vez que en la historia de Venezuela se producía un proceso de esta naturaleza. Sin embargo, en contraste con todos las constituyentes históricas anteriores, el proceso de 1999 sí tuvo una peculiaridad, la misma que tuvo el proceso constituyente colombiano de 1991 y la que hasta ahora tiene el proceso constituyente ecuatoriano de 2007, y es que no fue producto de la ruptura fáctica del hilo constitucional como consecuencia de una revolución, una guerra o un golpe de Estado, sino que fue un proceso que se desarrolló en democracia, aún cuando en medio de la más severa crisis política del funcionamiento del régimen democrático que se había instituido desde 1958. El golpe de Estado, en realidad, lo dio la propia Asamblea Nacional Constituyente electa en julio de 1999, al asumir plenos poderes, es decir, poder constituyente originario contra lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia, al irrumpir contra la Constitución vigente en ese momento, que era la de 1961 cuya interpretación judicial le había dado origen.

Quien escribe tuvo el privilegio de haber sido electo miembro por la circunscripción nacional de la Asamblea Nacional Constituyente, formando parte del grupo de oposición al proyecto del Presidente Chávez, integrado por solo cuatro constituyentes de los 141 que conformaron la Asamblea. Conocí, por tanto, el proceso desde el inicio y desde dentro, y ello me llevó a escribir un libro titulado *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela* editado en 2001 por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, y que acaba de ser reimpreso en Guayaquil por la editorial Goberna & Derecho. Ese libro trata, precisamente del proceso constituyente venezolano de 1999 del cual, sin duda, resulta una lección que es necesario conocer a los efectos de que en procesos similares no se repitan sus vicios, o si se repiten, se tenga conciencia de ellos; en particular, los que significaron la utilización fraudulenta de la Constitución y de la propia democracia, para establecer un sistema basado en la violación de la primera, y en la demolición de la segunda. Y todo ello, utilizando las expectativas y exigencias reales y legítimas de cambio que en un momento histórico determinado había, y que exigía un proceso de recomposición política del Estado como consecuencia de la crisis del sistema político de Estado de partidos y la descomposición que habían sufrido los mismos.

En efecto, en medio de la crisis terminal del sistema político de democracia centralizada de partidos que venía funcionando en Venezuela desde 1958, el proceso constituyente de 1999 no podría ni debía tener otra motivación distinta que no fuera la necesidad de recomponer el sistema democrático y asegurar su gobernabilidad. Ello requería de un pacto político de todos los componentes de la sociedad que asegurara la participación de todos los sectores, para diseñar el funcionamiento de la democracia y la reforma del Estado. Para ello era que debía elegirse la Asamblea Constituyente.

Por eso, precisamente, en la convocatoria del referéndum consultivo sobre la Asamblea Nacional Constituyente decretada por el Presidente de la República el 2 de febrero de 1999, se preguntaba al pueblo su opinión sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente: “con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa”. Esa fue la razón de ser del proceso constituyente venezolano en 1999 y salvo por posiciones circunstanciales de carácter político, era difícil que alguien en el país no estuviera de acuerdo con esos propósitos: transformar el Estado, por una parte, y por la otra, poner en funcionamiento efectivo la democracia para hacerla social y participativa. Como en Ecuador, en 2007, es difícil que alguien no esté de acuerdo con la necesidad de transformar el marco institucional del Estado.

En todo caso, se trataba de un intento de utilizar un instrumento político de conciliación, necesario para recomponer el sistema democrático y asegurar su gobernabilidad, para lo cual era necesario asegurar la participación de todos los sectores de la sociedad, lo que sin embargo, no se logró. Al contrario, por esa falta de participación, el resultado fue que la Constituyente de 1999 acentuó las diferencias fundamentales entre los sectores políticos, y profundizó la fraccionalización del país. Por tanto, lejos de haber constituido un mecanismo para promover el diálogo y consolidar la paz, permitiendo la competitividad y convivencia, sirvió para acentuar las diferencias y agravar la crisis política.

2. Las exigencias democráticas del proceso constituyente y su fracaso

Pero además, ocho años después de realizado aquél proceso constituyente, la conclusión es que tampoco se lograron los propósitos que lo motivaron, pues a pesar de todo el verbalismo y la dispendiosa disposición de los ingentes recursos suministrados por la súbita riqueza petrolera, no hubo efectiva reforma del Estado para asegurar la democracia social y participativa. El proceso constituyente, en ese sentido y desde el punto de vista democrático, fue un fracaso⁹⁸⁵, y si bien se han realizado cambios políticos de gran importancia, los mismos lo que han provocado ha sido la acentuación de los elementos de crisis de la democracia, concentrando el poder y centralizando más el país, limitando además la representatividad, y todo ello con un cambio de los actores políticos, por el asalto del poder que se efectuó por nuevos líderes que han contribuido a acentuar las diferencias entre los venezolanos y extremar la polarización política, haciendo cada vez más difícil la conciliación.

El proceso constituyente de 1999, por otra parte, y en este aspecto no fue un fracaso, sirvió para permitir el apoderamiento de la totalidad del poder por un grupo que ha aplastado a todos los otros, abriendo heridas y rivalidades sociales y políticas que no se habían presenciado en décadas, acentuando los conflictos sociales y políticos del país, imponiendo un modelo de Estado y de sistema político socialista que no ha sido votado por el pueblo. Desde el punto de vista autoritario, por tanto, fue un proceso exitoso.

La crisis de la democracia representativa de partidos en realidad lo que planteaba en Venezuela era la necesidad de un cambio que transformara la democracia, sin dejar de ser representativa, en una democracia más participativa, en la cual el ciudadano encontrara instrumentos cotidianos para participar en los asuntos locales. Ese debió haber sido uno de los objetivos del proceso constituyente de 1999, para lo cual se debió efectuar la descentralización efectiva de la Federación, para sustituir la Federación centralizada tradicional por una Federación descentralizada.

La democracia, en definitiva, es una consecuencia y a la vez, un motivo de la descentralización política, como instrumento de articulación de poderes intermedios en el territorio, que permitan la actuación nacional más cerca de las comunidades y regiones. No ha habido ni existen autocracias descentralizadas, siendo la descentralización del poder sólo posible en democracias; por lo que la descentralización política es un asunto de las democracias. Es una consecuencia de la democratización y, a la vez, es una condición para su sobrevivencia y perfeccionamiento. La convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente en 1999 debía haber tenido por objeto hacer realidad la descentralización del poder para consolidar la democracia, lo cual al contrario se abandonó.

El equilibrio, balance y contrapeso entre todos esos poderes del Estado, por otra parte, había sido una de las exigencias de reforma en Venezuela desde finales de la década de los noventa. Lograrlo, sin duda, también debió haber sido un objetivo del proceso constituyente de 1999, en particular, en cuanto al sistema de gobierno, es

985 V., 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 el libro del autor, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas 2001, pp. 243-253

decir, a las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Parlamento. La crisis del sistema en realidad y paradójicamente, no estaba en el propio presidencialismo, sino en el excesivo parlamentarismo partidista, particularmente por el control férreo del poder que existía por parte de los partidos políticos.

En particular, en cuanto a la designación por el Congreso de los titulares de los órganos de los poderes públicos no electos (Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y los titulares del Consejo de la Judicatura, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la República y los miembros del Consejo Supremo Electoral), se habían formulado graves críticas por el excesivo partidismo evidenciado en dichas designaciones, sin participación alguna posible de otras organizaciones sociales intermedias. Las exigencias de reforma, en todo caso, apuntaban a asegurar un mayor balance, contrapeso e independencia entre los poderes, y a la despartidización de su conformación.

La convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en 1999, en consecuencia, constituía una necesidad política en Venezuela para introducir las reformas necesarias para recomponer y abrir la democracia y, en consecuencia, permitir la efectiva participación en el proceso político de todos aquellos sectores que habían sido excluidos de la práctica democrática por el monopolio de la representatividad y participación política que habían asumido los partidos políticos tradicionales.

Se trataba, en definitiva, de una propuesta para incluir y conciliar a todos los sectores políticos más allá de los partidos políticos tradicionales, en el rediseño del sistema democrático, el cual tenía que reafirmar, más allá de las solas elecciones, sus elementos esenciales, como los precisó desde 2001 la Carta Democrática Interamericana.

3. La propuesta constituyente en 1999 y sus escollos constitucionales

Fue en medio de la crisis política venezolana producto del deterioro manifiesto del liderazgo partidista y del derrumbamiento de los otrora poderosos partidos, lo que condujo a un vacío de liderazgo político, en un país que había estado habituado a su conducción exclusivamente partidista, por lo que en 1998, el ex Teniente Coronel Hugo Chávez Frías, entonces como candidato presidencial, enarboló la bandera de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente.

Lamentablemente, esa iniciativa no sólo no le fue disputada por los partidos políticos tradicionales, sino que, inclusive, fue ignorada y rechazada por los mismos. Incluso, el planteamiento de que fuera el propio Congreso electo en diciembre de 1998 el que pudiera asumir la conducción del proceso constituyente, fue totalmente ignorado por los propios partidos. Sin duda, no tenían conciencia de la magnitud de la crisis. En consecuencia, la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente se convirtió en un proyecto político exclusivo del entonces candidato presidencial Hugo Chávez Frías, y luego, como Presidente electo.

Su ejecución, sin embargo, como en el Ecuador, presentaba un escollo constitucional que lucía insalvable: la institución de una Asamblea Nacional Constituyente como mecanismo de revisión constitucional, no estaba prevista ni regulada en el propio texto de la Constitución de 1961, la cual establecía expresamente sólo dos mecanismos para su revisión: la enmienda y la reforma general. Por ello, después de

la elección del Presidente Chávez, el debate político no fue realmente sobre si se convocaba o no la Asamblea Constituyente, sino sobre la forma de hacerlo: o se reformaba previamente la Constitución, para regularla y luego elegirla, o se convocaba sin regularla previamente en la Constitución, apelando a la soberanía popular. Se trataba, en definitiva de un conflicto entre supremacía constitucional y soberanía popular que había que resolver⁹⁸⁶. Sin embargo, antes de que se resolviera el conflicto por la Corte Suprema de Justicia⁹⁸⁷, el Presidente electo optó por la segunda vía, como sucedió en enero de 2007 en Ecuador, manifestando públicamente su decisión de convocar la Asamblea Constituyente apenas asumiera la Presidencia de la República, el 2 de febrero de 1999, sin necesidad de reformar previamente la Constitución de 1961 para regularla.

El Presidente electo, además, apoyado por la popularidad que en ese momento tenía, ejerció públicamente presiones indebidas ante la Corte Suprema de Justicia, la cual conocía, precisamente, de sendos recursos de interpretación que habían sido intentados para que resolviera, justamente, sobre si era necesario o no reformar la Constitución para regular la Asamblea Constituyente para poder ser convocada. El resultado de la presión política que se originó, fue la emisión de una sentencia por la Corte Suprema, el 19 de enero de 1999, casi dos semanas antes de la toma de posesión de su cargo por el Presidente de la República, en la cual si bien no resolvió expresamente lo que se le había solicitado interpretar, glosó ampliamente en forma teórica la doctrina constitucional sobre el poder constituyente⁹⁸⁸. Ello dio pie para que el Presidente de la República, sin autorización constitucional alguna, en lo que fue su primer acto de gobierno dictado al tomar posesión de su cargo, el 2 de febrero de 1999, emitiera un Decreto convocando un “referendo consultivo” en el cual pretendía que el pueblo no sólo lo autorizara a convocar la Asamblea Constituyente sino que lo autorizara a él mismo y sólo él, para definir la composición, el régimen, la duración y la misión de la Asamblea. Se pretendía, así, que se produjera una especie de referendo ciego sobre una Asamblea Constituyente que nadie sabía cómo se iba a elegir, quién la conformaría, cuáles eran sus poderes, cuál era su misión o su duración. En Ecuador, desde el inicio, sin embargo, se siguió un camino distinto al formularse el texto del Estatuto en el mismo Decreto presidencial.

El Decreto del Presidente Chávez obviamente, fue impugnado por razones de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia⁹⁸⁹, la cual, después de varias y

986 V. Allan R. Brewer-Carías, “El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 3, 1999, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, pp. 31-56

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

988 V. 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, 296 pp

989 V. el texto de la acción de inconstitucionalidad que intentamos contra el Decreto presidencial en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y ordenamiento constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1998; y Allan R. Brewer-Carías, «Comentarios sobre la inconstitucional de la convocatoria a Referéndum sobre una Asamblea Nacional Constituyente, efectuada por el Consejo Nacional Electoral en febrero de 1999» en *Revista Política y Gobierno*, Vol. 1, n° 1, enero-junio 1999, Caracas 1999, pp. 29-92

sucesivas decisiones, declaró la inconstitucionalidad de la forma como el Presidente pretendía la convocatoria al referéndum sobre la Asamblea Constituyente al anular la convocatoria hecha por el Consejo Supremo Electoral, y en particular en sentencia de 18 de marzo de 1999, exigió que *también se sometiera a consulta popular el propio estatuto de la Asamblea Constituyente* (sistema de elección, número de miembros, misión, régimen y duración), para que el pueblo, se pronunciara sobre ello, tal como ahora lo ha hecho en el Ecuador el Presidente Correa.

La Corte Suprema precisó, además, en otra sentencia de 13 de abril de 1999, que una Asamblea Constituyente electa en el marco del Estado de derecho regulado en la Constitución de 1961, *no podía tener los poderes de una Asamblea Constituyente originaria*, es decir, no podía tener “plenos poderes” en la terminología ecuatoriana, como los que pretendía el Presidente Chávez en su proyecto. Las bases que el Presidente propuso sobre el Estatuto de la Asamblea Constituyente, habían sido cuestionadas judicialmente, y como consecuencia de ello, la Corte Suprema eliminó la indicación de que la Asamblea Constituyente podía tener plenos poderes, es decir, poder constituyente de carácter originario. Pero incluso con esta corrección, el Estatuto de la Asamblea Nacional Constituyente no se diseñó como producto de un acuerdo o negociación política entre todos los sectores interesados. En realidad fue impuesto unilateralmente por el Presidente de la República, en su convocatoria al referéndum consultivo.

4. El referendo consultivo de abril de 1999 y la elección de la Asamblea Constituyente

El 25 de abril de 1999, en todo caso, se efectuó la votación del referéndum consultivo sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, entre cuyas bases establecidas unilateralmente por el Presidente, se reguló el sistema para la elección de 104 constituyentes en 24 circunscripciones regionales correspondientes a las entidades políticas del territorio (Estados y Distrito Federal) (en Ecuador son 100), de 24 constituyentes en la circunscripción nacional (igual que en Ecuador), y de 3 constituyentes en representación de los pueblos indígenas, que en Venezuela (contrariamente a Ecuador) son muy exiguos desde el punto de vista de la población y presencia en la dinámica social. El sistema electoral que se estableció, por tanto, tampoco fue producto de algún acuerdo político entre los diversos sectores del país. Lo definió sólo el Presidente de la República, como un sistema de carácter nominal mediante postulación individual de cada candidato, y una elección personificada.

Este sistema electoral, aparentemente nominal y personalizado, se convirtió en el más diabólico mecanismo de control de la Asamblea Nacional Constituyente por parte del Presidente de la República y sus seguidores. El Presidente, personalmente, hizo campaña electoral en todo el país, y propuso su propia lista en cada región, con los candidatos a elegir, en una multimillonaria campaña electoral financiada, incluso, por algún banco extranjero.⁹⁹⁰ Efectuada la votación el 25 de julio de 1999, en la cual se produjo una abstención del 53%, el resultado fue que el Presidente de la

⁹⁹⁰ Por ello, según informaciones de prensa, algunos altos directivos de un banco de España fueron acusados criminalmente el 8 de febrero de 2006, ante el *Juzgado Central de Instrucción n° 5, Audiencia Nacional*, Madrid (Procedimiento n° 251/02-N).

República logró la elección de todos los candidatos regionales, menos dos, es decir, un total de 102 de los 104 que correspondían; y de sus 20 candidatos nacionales de los 24 electos, que conformaban sus listas. Por tanto, sólo llegaron a ser electos sin el respaldo del Presidente Chávez y más bien adversándolo, 4 constituyentes nacionales entre los cuales se me encontraba. Los tres representantes indígenas fueron electos de acuerdo con “las costumbres ancestrales” respectivas, y los mismos resultaron adeptos al partido de gobierno.

El sistema electoral establecido por el Presidente de la República en la convocatoria al referendo, por tanto, fue el menos indicado para conformar una Asamblea Constituyente pluralista que incluyera a todos los grupos y actores políticos. Lejos de contribuir al pluralismo y a la representación plural, el sistema electoral impuesto por el Presidente de la República en su convocatoria, condujo a la instalación de una Asamblea Constituyente exclusionista, en la cual quedaron excluidos de representación todos los partidos políticos tradicionales, quedando dominada por el partido de gobierno y por los seguidores del Presidente.

Una Asamblea Constituyente conformada por una mayoría de esa naturaleza, por supuesto, impidió toda posibilidad de convertirse en un instrumento válido de diálogo, conciliación política y negociación. Fue, en realidad, un instrumento político de imposición por un grupo que la dominaba, al resto de la sociedad, de sus propias ideas, con exclusión total respecto de los otros grupos. Por ello, la Asamblea Constituyente que se eligió en julio de 1999 y se instaló el 3 de agosto de 1999, fue un instrumento para lograr el control total del poder por los que conformaban la mayoría y que habían sido electos constituyentes gracias al apoyo y a la campaña del propio Presidente de la República. En la Asamblea, dichos constituyentes estuvieron a su servicio y al diseño de cuantos mecanismos sirvieran para el control del poder por parte de los nuevos actores políticos que habían aparecido en escena de la mano del Presidente Chávez, en medio del más terrible deterioro de los partidos políticos tradicionales, que materialmente desaparecieron de la escena política durante el proceso constituyente.

5. El golpe de Estado constituyente

Es de destacar que para el momento en el cual la Asamblea se eligió en julio de 1999, en paralelo estaban funcionando en el país los poderes públicos constituidos, los cuales habían sido electos en noviembre de 1998, con misiones distintas. La Asamblea Constituyente había sido electa, conforme al referendo de abril de 1999, para diseñar la reforma del Estado y establecer un nuevo ordenamiento para hacer efectiva la democracia social y participativa, todo lo cual debía elaborar y someter a la aprobación popular por un referendo final. La Asamblea Constituyente no había sido electa para gobernar ni para sustituir ni intervenir los poderes constituidos. No tenía carácter de poder constituyente originario, como expresamente lo había resuelto la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, en su primera decisión, que fue la aprobación de su Estatuto de Funcionamiento, la Asamblea Constituyente, se auto-proclamó como “poder constituyente originario”, auto-atribuyéndose la facultad de “limitar o decidir la cesación de las actividades de las autoridades que conforman el Poder Público” y estableciendo que “todos los organismos del Poder Público quedan subordinados a la Asamblea

Nacional Constituyente y están en la obligación de cumplir y hacer cumplir los actos jurídicos estatales que emita la Asamblea”.

En esta forma, la Asamblea Nacional Constituyente se auto proclamó como un super-poder estatal, contrariando lo dispuesto en el estatuto de su elección contenido en las bases aprobadas en el referendo de abril de 1999 y violando la Constitución de 1961, al amparo de la cual y de su interpretación judicial había sido electa; y en esa forma usurpó el poder público y violó la Constitución de 1961. En definitiva dio un golpe de Estado.

Y así, durante el primer período de su funcionamiento, entre agosto y septiembre de 1999, la Asamblea, lejos de conciliar y buscar conformar un nuevo pacto político de la sociedad, a lo que se dedicó fue a intervenir los poderes constituidos que habían sido electos en diciembre de 1998 y que estaban en funcionamiento conforme a la Constitución en ese entonces vigente de 1961. En esta forma, en agosto de 1999, la Asamblea decretó la reorganización de todos los poderes públicos; decretó la intervención del Poder Judicial creando una Comisión de Emergencia Judicial que lesionó la autonomía e independencia de los jueces, y que aunque con otro nombre en 2007 todavía perdura, habiendo demolido al Poder Judicial que llegó a estar integrado por un 95% de jueces provisorios o temporales, es decir, dependientes⁹⁹¹; decretó la regulación de las funciones del Poder Legislativo, eliminando tanto al Senado como a la Cámara de Diputados y a las Asambleas Legislativas. Además, intervino a los Concejos Municipales, suspendiendo, incluso, las elecciones municipales.⁹⁹²

Ese primer período de funcionamiento de la Asamblea, por tanto, fue un período de confrontación y conflictividad política entre los poderes públicos y los diversos sectores políticos del país. El proceso constituyente, en esta etapa inicial, no fue un vehículo para el diálogo y la consolidación de la paz ni un instrumento para evitar el conflicto, sino que al contrario, fue un mecanismo de confrontación, conflicto y aplastamiento de toda oposición o disidencia y de apoderamiento de todas las instancias del poder. El proceso constituyente, por tanto, antes de ser un instrumento para la reducción del conflicto, acentuó la confrontación y contribuyó al dominio exclusivo del poder por parte de un solo partido político, el de gobierno, que respondía a las instrucciones del Presidente de la República. En definitiva, el proceso constituyente se utilizó para acabar con la clase política que había dominado la escena en las décadas anteriores.

Una vez intervenidos los poderes públicos y en medio del conflicto político que ello ocasionó, la segunda etapa de funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente (septiembre-octubre 1999) se destinó a la elaboración del texto de un proyecto para una nueva Constitución, proceso en el cual no siguió ningún proyecto que pudiera permitir la efectiva discusión pública y participación popular. La Asamblea Nacional Constituyente, incluso, comenzó a elaborar el proyecto de nueva Constitu-

991 V. Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004”, en el libro *XXX Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp.33-174

992 V. todos nuestros votos salvados a estas decisiones 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, 233 pp.

ción, desde el principio, colectivamente, sin que hubiera habido un proyecto inicial. Por tanto, en la elaboración de la nueva Constitución no se siguió la vía ortodoxa en procesos similares de haberse elaborado previamente un proyecto de Constitución por una Comisión constitucional pluralista, para luego ser discutida por una Asamblea plenaria.

6. La elaboración de la Constitución y la ausencia de participación ciudadana

En esa forma, luego de dos meses de funcionamiento, la Asamblea Nacional Constituyente comenzó el proceso de elaboración de un proyecto de Constitución mediante el método menos adecuado, que consistió en nombrar 20 comisiones que trataron los 20 temas esenciales de cualquier Constitución, y a ellas se encargó la elaboración en forma aislada de sus propuestas en cada tema. Eso se hizo durante el mes de septiembre de 1999, es decir, un período excesivamente corto, durante el cual cada Comisión actuó aisladamente, realizando escasas consultas y propiciando esporádicamente la participación en la elaboración de proyectos, de los grupos que consideraron apropiados.⁹⁹³ Para finales de septiembre de 1999, las 20 Comisiones sometieron a la Comisión Constitucional los 20 proyectos de articulado constitucional, los cuales en conjunto sumaban casi 800 artículos. La Comisión Constitucional de la Asamblea era la encargada de conformar el proyecto de Constitución; pero lamentablemente se le impuso un lapso de sólo 2 semanas para realizar la integración de todos aquellos textos redactados aisladamente, en un solo proyecto. La rapidez atropellada del proceso de elaboración de un anteproyecto de Constitución, dominado por un solo grupo que constituía mayoría abrumadora en todas las comisiones, por supuesto, impidió toda posibilidad de discusión pública del proyecto y de participación de la sociedad civil en la elaboración del texto que debía someterse a las discusiones de la Asamblea en plenaria. El texto que la Comisión Constitucional presentó el 18 de octubre ante la Asamblea, sobre todo por la premura impuesta, lamentablemente resultó ser muy deficiente, por constituir un agregado o catálogo de deseos, peticiones y buenas intenciones integrados en un texto excesivamente extenso.

De nuevo, la premura en tener listo el nuevo texto constitucional se impuso por presiones del gobierno, exigiéndose a la Asamblea Nacional Constituyente la tarea de discutir y aprobar el proyecto de Constitución en sólo un mes, lo que ocurrió entre el 19 de octubre y el 17 de noviembre de 2000. Es decir, en sólo 19 sesiones de primera discusión (20 de octubre a 9 noviembre) y de 3 sesiones de segunda discusión (12 al 14 de noviembre) lo que equivale a sólo 22 días de discusión, en Venezuela se aprobó el texto de una nueva Constitución.⁹⁹⁴

993 V. buena parte de nuestras propuestas en 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, 286 pp.

994 V. el texto de nuestros votos salvados en las sesiones de discusión en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III (18 octubre-30 noviembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 340 pp.

La manera inusitadamente rápida con que se elaboró la Constitución, con una celeridad irracional exigida e impuesta por el Presidente de la República, condujo a que fuera completamente imposible que se asegurara la posibilidad de participación pública en el proceso constituyente. A pesar de algunas buenas intenciones y una corta propaganda política, la verdad es que por lo reducido del tiempo, fue imposible toda participación política y pública efectiva en la elaboración del proyecto. Antes de la elaboración del proyecto, no hubo discusión pública, ni participación para la definición de las cuestiones constitucionales básicas que debían resolverse en la Asamblea (presidencialismo, bicameralismo, separación de poderes, descentralización, federalismo, municipalismo), ni sobre la misión básica de la misma. Tampoco hubo un programa de educación pública, para permitir la incorporación de propuestas de grupos de la sociedad civil y de organizaciones no gubernamentales. Estos no se incorporaron efectivamente al proceso constitucional, y sólo las organizaciones indígenas tuvieron posibilidad de participar, por el hecho de contar directamente con 3 constituyentes indígenas.

El escaso tiempo que se impuso a la Asamblea para su trabajo, en todo caso, disipó toda posibilidad real de participación. Quienes controlaron el proceso optaron más por un proceso rápido sin participación, que por un proceso participativo que era más lento. La participación popular en el proceso constituyente de 1999, en consecuencia, quedó realmente reducida a votaciones populares generales: en abril de 1999, en el referendo consultivo sobre las bases y misión de la Asamblea Constituyente; en julio de 1999, en la elección de los miembros de la Asamblea; y finalmente, en diciembre de 1999, en el referendo aprobatorio del proyecto de Constitución que se había divulgado durante sólo tres semanas previas. La Constitución fue aprobada el 15 de diciembre de 1999, en un referendo aprobatorio en el cual hubo una abstención del 55%.

El texto constitucional, en todo caso, no se configuró como un documento que como lo había precisado el referendo consultivo de abril de 1999, asegurara la transformación del Estado y del sistema democrático venezolano. Es decir, el texto aprobado no llegó a constituir la nueva visión de la sociedad democrática que se exigía, con la definición de los principios fundamentales que se requerían para la reorganización política del país en democracia y la redistribución y control del poder, de manera que se pudiera reemplazar el sistema de Estado centralizado de democracia de partidos por un Estado descentralizado de democracia participativa.⁹⁹⁵

En realidad, ningún gran debate se dió en la Asamblea Nacional Constituyente y menos aquellos que imponían el momento de crisis que vivía el país, como los relativos a la descentralización política y a la democracia participativa. Más democracia exigía más descentralización política, que es la única forma de lograr que fuera más representativa y más participativa. Para ello se debía construir un nuevo modelo de

995 V. nuestros comentarios apenas la Constitución fue aprobada en Allan R. Brewer-Carías, «Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999» en el libro de 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 el libro *La Constitución de 1999*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 14, Caracas 2000, pp. 63-88.

Estado descentralizado, con un nuevo sistema de distribución del poder y de democracia participativa, que no podía quedar reducida a referendos, y que eliminara el monopolio de la representatividad y de la participación que tenían los partidos. Lamentablemente nada de esto se logró, y lo que resultó fue un esquema de gobierno autoritario, presidencialista, centralizado, de concentración del poder, militarista, montado sobre un partido único e intervencionista.

7. El proceso constituyente de 1999 como instrumento de asalto al poder

El proceso constituyente, por otra parte, lejos de conciliar políticamente al país, acentuó las diferencias fundamentales y condujo a un mayor fraccionamiento y polarización extrema, al servir de instrumento para que un grupo asumiera el control total del poder. Es decir, lejos de constituir un instrumento de conciliación e inclusión, fue un instrumento de exclusión y control hegemónico del poder. Para ello, el asalto y control hegemónico del poder por el grupo político que controlaba la Asamblea Nacional Constituyente y que respondía a la voluntad del Presidente de la República, no sólo se comenzó a realizar durante los primeros meses de funcionamiento de la Asamblea, violándose la Constitución vigente de 1961, sino al final, luego de aprobado popularmente el nuevo texto constitucional el 15 de diciembre de 1999, violándose esta vez, el nuevo texto aprobado.

Durante los 5 meses de funcionamiento que tuvo la Asamblea en la segunda mitad de 1999, puede decirse que todo el debate político del país, giró en torno a la misma. La Asamblea se había constituido en el centro del poder, el Presidente la calificaba de “soberanísima” y la Corte Suprema de Justicia, al decidir sendos recursos de inconstitucionalidad contra actos de la Asamblea Constituyente de intervención de los poderes públicos constituidos, incluso del propio Poder Judicial, en una sentencia del 14 de octubre de 1999, que fue su propia sentencia de muerte, la Corte Suprema le reconoció supuestos poderes “supraconstitucionales” a la Asamblea.

Se trataba, por tanto, del centro del poder más poderoso que había en el país, que escapaba a toda posibilidad efectiva de control judicial sobre sus actos y que actuaba como brazo político del Presidente de la República, para el asalto final al poder. Ello ocurrió una semana después de aprobada la Constitución por referendo popular, el 22 de diciembre de 1999, con la sanción, por la propia Asamblea Nacional Constituyente fuera de la Constitución, de un “Régimen Constitucional Transitorio” paralelo y que no fue sometido a referendo aprobatorio.⁹⁹⁶

Mediante ese Régimen Transitorio, que violaba la propia nueva Constitución, la Asamblea sólo ratificó al Presidente de la República, en cambio, removió a todos los otros órganos electos y no electos del Estado. Nombró directamente y sin someterse a los requisitos que la propia Constitución establecía, a los integrantes del nuevo Tribunal Supremo de Justicia, a los nuevos miembros del Consejo Nacional Electoral y a los titulares de la Fiscalía General de la República, de la Contraloría General de la República y del Defensor del Pueblo. Todo el poder, por tanto, quedó en manos de la mayoría que controlaba la Asamblea y que respondía a los dictados de

996 V. los comentarios sobre este régimen transitorio en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 3004, Tomo II.

Presidente. La Asamblea Nacional Constituyente, además, creó una Comisión Legislativa que ni siquiera estaba regulada en la Constitución, para que actuara como órgano legislativo en sustitución del Congreso que había sido electo un año antes y que había quedado definitivamente borrado, hasta que se eligiera la nueva Asamblea Nacional, para lo cual, la propia Asamblea Constituyente asumió funciones legislativas que no tenía, cambiando entre otras, la Ley Electoral.

Todas estas actuaciones inconstitucionales, por supuesto y lamentablemente, fueron avaladas y lavadas por el nuevo Tribunal Supremo de Justicia, cuyos Magistrados habían sido nombrados a la medida por la Asamblea Constituyente en el Régimen Transitorio para defender el poder. El Tribunal, así, nuevamente en sentencia de 26 de enero de 2000, en cierta forma actuando como juez en su propia causa, reconoció un supuesto carácter originario (plenos poderes) de la Asamblea⁹⁹⁷, con poderes supraconstitucionales, justificando la transitoriedad constitucional que no cesó en los años subsiguientes y que ha permitido avalar muchas otras acciones contrarias a la Constitución por parte de los órganos del Estado, como ha ocurrido con la interminable intervención del Poder Judicial.

Como resultado de todo este proceso, se evidencia que si bien en Venezuela se produjeron cambios políticos de importancia con motivo del proceso constituyente de 1999, ellos han consistido fundamentalmente en el apoderamiento de todas las instancias de poder por un nuevo grupo político que gira en torno al Presidente Hugo Chávez, para imponerle a los venezolanos un proyecto político por el cual no han votado, provocando el desplazamiento del poder de los partidos tradicionales que controlaron el panorama político por cuatro décadas. Pero en cuanto a las reformas políticas y del Estado que motivaron la convocatoria de la Asamblea Constituyente, a pesar de la reforma constitucional efectuada, no se produjo ninguna. Nada de lo que había que cambiar en el sistema político fue cambiado; y más bien, el resultado constitucional del proceso constituyente, fue la acentuación de los aspectos más negativos del sistema. Por ello, por ejemplo, al promover el voto NO en el referéndum aprobatorio de la Constitución, en noviembre de 1999, ello lo fundamentábamos en el hecho de que en la Constitución se había formulado:

Un esquema institucional concebido para el autoritarismo derivado de la combinación del centralismo del Estado, el presidencialismo exacerbado, la democracia de partidos, la concentración de poder en la Asamblea y el militarismo, que constituye el elemento central diseñado para la organización del poder del Estado. En mi opinión -agregaba-, esto no es lo que se requería para el perfeccionamiento de la democracia; la cual al contrario, se debió basar en la descentralización del poder, en un presidencialismo controlado y moderado, en la participación política para balancear el poder del Estado y en la sujeción de la autoridad militar a la autoridad civil.⁹⁹⁸

Y además, agregábamos:

La gran reforma del sistema político, necesaria e indispensable para perfeccionar la democracia era desmontar el centralismo de Estado y distribuir el Poder Público en el territorio;

997 V. específicamente los comentarios a esta sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Goberna & Derecho, Guayaquil 2007.

998 Documento de 30 de noviembre de 1999. V. en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, p. 339.

única vía para hacer realidad la participación política. La Asamblea Constituyente - agregábamnos- , para superar la crisis política, debió diseñar la transformación del Estado, descentralizando el poder y sentar las bases para acercarlo efectivamente al ciudadano. Al no hacerlo, **ni transformó el Estado ni dispuso lo necesario para hacer efectiva la participación.**⁹⁹⁹

Es decir, se utilizó la Constitución de 1961 en forma fraudulenta para originar el proceso constituyente, y dar un golpe de Estado; y luego, desde el poder, se utilizó la democracia representativa vía elecciones, también en forma fraudulenta, para destruir la propia democracia.

8. El perfeccionamiento de la democracia como tarea pendiente

Pero a pesar de ello, sin duda, en 1999 se produjo un cambio político sin precedentes en la historia política del país desde los años cuarenta, en el sentido de que aparecieron nuevos partidos políticos, que asumieron el poder con todavía mayor carácter monopólico, habiendo sido materialmente barridos los partidos tradicionales. Un nuevo liderazgo político se entronizó en todos los niveles del Poder, habiendo quedado desplazado el liderazgo partidista y no partidista anterior. Además, se produjeron importantes cambios y reformas constitucionales como, por ejemplo, la separación pentapartita del Poder Público, la eliminación del Senado como parte del Poder Legislativo Nacional, la consagración de la reelección presidencial, la creación de la figura del Vicepresidente de la República, la creación del Defensor del Pueblo, y la constitucionalización de los tratados internacionales sobre derechos humanos con lo cual la regulación de los mismos fue perfeccionada y ampliada en muchos aspectos.

Sin embargo, ninguna de esas reformas produjo un cambio efectivo en el sistema político de Estado centralizado de partidos, al contrario, lo acentuaron y agravaron. A pesar del verbalismo constitucional, el Estado en un esquema de concentración del poder, está ahora totalmente imbricado a un partido único de gobierno; más centralizado que antes, a pesar de que se lo denomine “descentralizado”; habiéndose exacerbado el presidencialismo, agregándose a los poderes del Estado, el poder militar, sin sujeción a la autoridad civil como nunca antes había ocurrido en nuestro constitucionalismo. En definitiva, hay un nuevo y acentuado centralismo y partidismo, con un acentuado presidencialismo y un nuevo militarismo constitucionalizado, todo lo cual ha conducido a un autoritarismo con ropaje constitucional y movilización popular.

Lamentablemente, las reformas constitucionales antes referidas relativas a aspectos de concentración del poder y debilitamiento de la autonomía e independencia entre los poderes públicos; al presidencialismo exacerbado, y al militarismo; han configurado un marco constitucional abierto al autoritarismo “democrático” o de presidencialismo plebiscitario, que puede llegar a impedir toda idea de democracia basada en la participación política, y pretender centrar las relaciones de poder en una supuesta relación directa entre un líder y el pueblo, confundiendo participación con

⁹⁹⁹ Documento de 30 de noviembre de 1999. V. en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, p. 323.

movilización política, mediante la organización del Poder Popular en entidades no electas por sufragio universal directo y secreto (concejos comunales), sin siquiera la intermediación de partidos, y sólo con un partido único y militar que, con el apoyo de la fuerza, apuntale un sistema político populista. Todas esas reformas constitucionales, por supuesto, en nada han contribuido a la democratización del Estado y del país.

Del panorama anterior resulta, por tanto, que la reforma política para el perfeccionamiento de la democracia, todavía es una tarea pendiente en Venezuela. En 1999, luego de un proceso constituyente, se adoptó una nueva Constitución, sin duda, con un conjunto importante de reformas constitucionales; sin embargo, las mismas no llegan a configurarse como el proceso de reforma que exigía la democracia venezolana, para sustituir el Estado democrático centralizado de partidos por un Estado, igualmente democrático, pero descentralizado y participativo. El proceso constituyente de Venezuela, en 1999, por tanto, no condujo a una mayor democratización del país y, al contrario fue utilizado para constitucionalizar el autoritarismo, el cual, en definitiva, ha demostrado ser un instrumento profundamente antidemocrático.

Esa experiencia es importante que se conozca, sobre todo en países de América Latina donde, como ahora ocurre en Ecuador, se está comenzando a diseñar un proceso constituyente en cierta forma inspirado, en sus aspectos formales, por la experiencia venezolana, para que no se repitan los vicios que allí ocurrieron, o si se repiten para que se haga a conciencia.

III. LAS SECUELAS DEL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999 Y EL AUTORITARISMO DE 2007

1. La concentración del poder y el ahogamiento de la democracia representativa

El resultado de todo aquél proceso constituyente de 1999, es que el Estado democrático de derecho, por este fraude cometido contra la voluntad popular, en esta forma, mediante la utilización de mecanismos electorales, ha sido y está siendo progresivamente sustituido por un Estado del Poder Popular, donde todo el poder está concentrado en el Jefe del Estado, y que, por tanto, ni es democrático, ni es representativo, ni es participativo, y al contrario, está férreamente controlado y dirigido desde el centro y la cúspide del poder político que ejerce el Presidente de la República (como Jefe del Ejecutivo y del partido de gobierno que será Único), el cual probablemente pronto se autodenominará “Presidente del Poder Popular”, respecto del cual progresivamente no podrá haber disidencia alguna, la cual es hoy criminalizada.

Se trata, como lo anunció el Vice-Presidente de la República en enero de 2007, en el acto de sanción de la Ley de delegación legislativa (Ley habilitante) a favor del Presidente de la República, que contiene una autorización hasta para dictar leyes al

margen de la Constitución, que ni más ni menos lo que se tiene proyectado es la instauración de “la dictadura de la democracia”¹⁰⁰⁰.

En democracia, ninguna dictadura es aceptable, ni siquiera una supuesta “dictadura de la democracia”, como nunca fue aceptable la supuesta y fracasada “dictadura del proletariado” en la antigua Unión Soviética instalada desde 1918 establecida en torno a los “soviets de soldados, trabajadores y campesinos”. Algo similar a lo que noventa años después, en Venezuela, está ocurriendo con la creación de consejos comunales dependientes del Presidente de la República para canalizar el Poder Popular, para con la supuesta participación del pueblo organizado, instaurar la “dictadura de la democracia”.

Esas supuestas dictaduras populares desde el comienzo han sido y son el instrumento fraudulento de la cúpula que domina el poder, para en nombre del poder popular acabar con todo vestigio de democracia, e imponerle por la fuerza un régimen socialista a un país, por el cual no ha votado. Algo debía haberse aprendido de lo que dijo el Presidente de la Federación Rusa en 1998, con ocasión del sepelio de los restos de los Romanov, como expresión de una de las lecciones más amargas de la historia de la humanidad al poner fin al tiempo de la que se creía era la Revolución más definitiva de todas las que había conocido la historia moderna, simplemente: “Que los intentos de cambiar la vida mediante la violencia están condenados al fracaso”¹⁰⁰¹. Y toda dictadura, cualquiera que sea, es ineludiblemente el resultado del ejercicio de la violencia.

2. El autoritarismo popular y el fraude a la democracia

Lo cierto es que a comienzos del Siglo XXI, con el caso de Venezuela, América Latina está comenzando a observar la aparición de un nuevo modelo de Estado autoritario supuestamente del Poder Popular, que no tiene su origen inmediato en un golpe de Estado militar como tantas veces ocurrió en el transcurso de las décadas del Siglo pasado, sino en elecciones populares, que le ha dado un traje o ropaje que también es militarista, pero esta vez de camuflaje con pintas “constitucionales” y “electivas”, conformado para la destrucción de la propia democracia representativa.

Se trata de un autoritarismo militarista con supuesto apoyo popular, como también lo fueron todos los autoritarismos fascistas y comunistas del Siglo pasado, en algunos casos con algún origen electoral. Ni uno ni otro modelo autoritario, por más disfraz constitucional y electivo que puedan tener o haber tenido, son democráticos, ni pueden considerarse como conformadores de un Estado constitucional de derecho, pues carecen de los componentes esenciales de la democracia, que son bastante más que la sola elección popular o circunstancial de los gobernantes.

En América Latina, después de la experiencia de tantos regímenes antidemocráticos y militaristas que hemos tenido, y de tantos autoritarismos con disfraces democráticos que hemos desarrollado, a comienzos de este Siglo se logró adoptar en el

1000 El Vicepresidente de la República, Jorge Rodríguez, expresó en enero de 2007: “Claro que queremos instaurar una dictadura, la **dictadura de la democracia verdadera** y la democracia es la dictadura de todos, ustedes y nosotros juntos, construyendo un país diferente. Claro que queremos que esta **dictadura de la democracia** se instaure para siempre”, en *El Nacional*, Caracas 01-02-2007, p. A-2.

1001 V. en *The Daily Telegraph*, Londres, 08-08-98, p. 1.

seno de la Organización de Estados Americanos -no sin la disidencia, precisamente, de quien en Venezuela estaba urdiendo el fraude a la democracia¹⁰⁰²- una doctrina continental sobre la democracia y lo que esta significa como régimen político, al aprobarse en Lima, el 11 de septiembre de 2001, la denominada *Carta Democrática Interamericana*.¹⁰⁰³ Es cierto que no es un tratado internacional vinculante, pero es el documento más importante en la materia adoptado como línea de conducta política democrática que, lamentablemente, muchos de los gobernantes de Estados no quieren volver siquiera a leer.

Esa *Carta Democrática*, en efecto, entre los *elementos esenciales de la democracia representativa* que enumera en su artículo 3, que deberían ser el pilar fundamental de la organización y funcionamiento de los Estados, además del **respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales**; del **acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho**; de la **celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo**; y del **régimen plural de partidos y organizaciones políticas**; está la necesaria existencia -dice- de “la **separación e independencia de los poderes públicos**”.

Y han sido precisamente todos esos elementos esenciales de la democracia los que, en los últimos años, lamentablemente han sido ignorados o resquebrajados en Venezuela, precisamente en nombre de una supuesta democracia participativa y de un supuesto Poder Popular donde el pueblo participe directamente.

En Venezuela, en estos últimos años, la realidad ha sido otra y muy distinta a lo que señalan los referidos elementos esenciales de la democracia, pues nunca antes había existido mayor violación a los derechos humanos, y basta para constatar esta tragedia, el sólo contabilizar el número de denuncias que se han formulado contra el Estado venezolano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, parámetro que ha sido en el pasado, y es en el presente, el mejor termómetro para determinar en el Continente el grado de violaciones, por un Estado, de los derechos humanos.

Además, el acceso al poder se ha hecho contrariando el Estado de derecho, al violarse la separación e independencia de los poderes judicial, ciudadano y electoral. Todos están controlados por el sindicato establecido entre el Ejecutivo nacional y la Asamblea nacional, por lo que no es posible controlar el acceso al poder conforme a los postulados del Estado de Derecho¹⁰⁰⁴. En particular, el Poder Electoral, desde

1002 El Presidente Chávez, desde la reunión de Jefes de Estado de la OEA en Québec, en abril de 2001, cuestionó la declaración sobre la “democracia representativa” tratando de sustituirla por “democracia participativa”.

1003 V. sobre la Carta Democrática Interamericana y la crisis de la democracia en Venezuela, 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. 137 y ss.

1004 V. 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; “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004”, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LIV n° 55, Lima, marzo-abril 2004, pp. 353-396; “El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela: 2000-2004”, en *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, Tomo V, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional,

2003 fue secuestrado con la complicidad de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, por lo que las elecciones que se han efectuado han carecido de justicia, y las últimas reformas políticas efectuadas y propuestas, simplemente apuntan a la sustitución de la representatividad electoral por supuestas agrupaciones de ciudadanos en comunidades y consejos comunales cuyos integrantes no son electos, sino designados desde la cúpula del Poder Popular que controla el Presidente de la República. El régimen plural de partidos se ha destrozado y el ya oficialmente anunciado Partido Único Socialista, imbricado en el aparato del Estado y también dirigido por el Presidente de la República, se apoderará no sólo del supuesto Poder Popular, sino de la Administración Pública¹⁰⁰⁵ y de toda la vida política, social y militar¹⁰⁰⁶ del país, dado el capitalismo de Estado que se ha intensificado como consecuencia del Estado rico petrolero.

Como todo depende del Estado, sólo quien pertenezca al Partido Único podrá tener vida política, administrativa, económica y social. Y todo esta distorsión institucional, ocurre sin que exista separación ni independencia entre los poderes públicos, no sólo en su división horizontal (Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral) por el control que sobre ellos ejerce el Poder Ejecutivo; sino en su distribución vertical, donde las propuestas en curso apuntan a la eliminación de la federación, la sustitución de los Estados federados por supuestas “ciudades federales”, y la eliminación del municipalismo y su sustitución por consejos comunales y asambleas de ciudadanos. Todo ello con el fin de eliminar todo vestigio de descentralización política, es decir, de entidades autónomas en el territorio, lo que imposibilita toda posibilidad de participación democrática. Esta es la trágica situación de la democracia venezolana, la cual en la realidad actual ya no pasa de ser una palabra vacía.

Pero además de los elementos esenciales de la democracia antes indicados, la misma *Carta Interamericana*, en su artículo 4º también definió los siguientes *componentes fundamentales del ejercicio de la democracia*: la transparencia de las acti-

Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José 2004, pp. 167-312; “El secuestro de la Sala Electoral por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en *La Guerra de las Salas del TSJ frente al Referendum Revocatorio*, Editorial Aequitas, Caracas 2004, C.A., pp. 13-58”; “El secuestro del poder electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004, *Stvdi Vrbinati, Rivista tgrimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, Año LXXI – 2003/04 Nuova Serie A – N. 55,3, Università degli studi di Urbino, Urbino, 2004, pp.379-436; “«El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004» en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, nº 112. México, enero-abril 2005 pp. 11-73.

1005 Por ello, el Gobernador del Estado Carabobo de Venezuela señalaba: “Comparto la posición del Presidente cuando dice que aquella persona que no quiera aliarse con el partido socialista único, pues que se vaya del Gobierno, y se lo dijo a los secretarios (del gobierno de Carabobo), que en el gobierno bolivariano estamos involucrados todos y hay un lineamiento de nuestro máximo líder que es inscribirse y crear un solo partido, y el secretario que no quiera cumplir con esa orden, que se vaya”. *V.* reportaje de Marianela Rodríguez, en *El Universal*, Caracas 21-04-2007.

1006 El 12 de abril de 2007 el Presidente Chávez en Fuerte Tiuna, declaró que si algún oficial se siente incómodo con la consigna acogida por su gobierno de “patria, socialismo o muerte”, puede tramitar su baja de las fuerzas militares, agregando: “La llamada institucionalidad fue una manera de enmascararse y asumir una posición contraria al gobierno, a la revolución, al mandato legítimo del pueblo. Por eso, hoy todo comandante de unidad en todos los niveles está obligado a repetir desde el alma y levantar la bandera con esta consigna: patria, socialismo o muerte, sin ambigüedades de ningún tipo, sin complejos”. *V.* en *El Nacional*, Caracas 13-04-2007, Sección Política, p. 4.

vidades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, y el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. Además, se declaró como igualmente fundamentales para la democracia, la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad. La democracia, por tanto, es mucho más que las solas elecciones y votaciones.

Lamentablemente todos estos elementos esenciales, también han sido ignorados o resquebrajados en Venezuela, también en nombre de un supuesto Poder Popular: la actividad gubernamental desplegada por el Estado rico, y en los últimos años súbitamente riquísimo, manejado sin control en un país pobre, dejó de ser transparente por la específica ausencia de control fiscal, dada la sumisión del Poder Ciudadano (Contraloría General, Fiscal General, Defensor del Pueblo) al poder del Ejecutivo; situación que ha hecho desaparecer el mismo concepto de probidad pues no es posible exigir responsabilidad alguna al gobierno por la gestión pública, entre otros aspectos por la sumisión del poder judicial; todo ello, campeando la corrupción en forma antes nunca vista.

Por otra parte, la procura de los derechos sociales -que ha sido el principal eslogan gubernamental, en particular hacia la comunidad internacional- ha sido montada en una política de distribución incontrolada de la riqueza petrolera, como si esta nunca fuera a disminuir, estatizándose todo en el país, desmantelándose el aparato productivo y sin generar inversión; y todo ello sin que los niveles de pobreza ni los niveles de desempleo hayan disminuido.

Por último, la libertad de expresión y de prensa, desde las censuras directas de la última dictadura militar de la década de los cincuenta, nunca ha estado tan amenazada, como se aprecia por la decisión de no renovar la licencia de empresas de televisión (RCTV), y por la autocensura, sobre la base de persecución a periodistas y medios disidentes, como tan repetidamente lo ha constatado la Relatoría de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que se deriva de las múltiples denuncias formuladas ante la Comisión y de las recomendaciones y medidas cautelares adoptadas por ésta.

Por otra parte, el militarismo se ha apoderado del Estado, de manera que aún cuando el régimen autoritario no haya sido fruto de un golpe militar, en definitiva, otro valor fundamental para la democracia como es la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida, se ha visto resquebrajada por el apoderamiento militar del Estado y su propensión a imbricarse con el Partido Único, habiendo quedado el respeto al Estado de derecho como otro valor pospuesto por todas las entidades y sectores de la sociedad.

En definitiva, durante los últimos años, en Venezuela se ha utilizado uno sólo de los elementos de la democracia, como es la realización de elecciones, para destruir todos los otros valores y componentes esenciales de la democracia. De allí el fraude a la democracia que ha ocurrido.

3. El desmantelamiento de la democracia representativa y el proceso autoritario

En todo caso, para que exista un Estado democrático de derecho no bastan las declaraciones contenidas en los textos constitucionales que hablen de “democracia participativa y protagónica” o de descentralización del Estado; así como tampoco basta con establecer un sistema eleccionario que permita elegir mediante sufragio a los representantes populares. Aparte de que el mismo, por supuesto, debe asegurar efectivamente la representatividad, el pluralismo político y el acceso al poder conforme a los postulados del Estado de derecho.

Pero además, para que exista un verdadero Estado democrático de derecho es necesario e indispensable que el marco constitucional en el cual se pretenda que funcione el régimen democrático, permita efectivamente el control efectivo del poder por el poder mismo, incluso por el poder soberano del pueblo. Es la única forma de garantizar la vigencia del Estado de derecho, la democracia y el ejercicio real de los derechos humanos.

Y el control del Poder del Estado en un Estado democrático de derecho sólo se puede lograr dividiendo, separando y distribuyendo el Poder Público, sea horizontalmente mediante la garantía de la autonomía e independencia de los diversos poderes del Estado, para evitar la concentración del poder; sea verticalmente, mediante su distribución o desparramamiento en el territorio del Estado, creando entidades políticas autónomas con representantes electos mediante sufragio, para evitar su centralización. La concentración del poder al igual que su centralización, por tanto, son estructuras estatales esencialmente antidemocráticas.

Y allí radican, precisamente, los problemas del declarado Estado de derecho y de la supuesta democracia en Venezuela, la cual tiene su deformación en el propio texto constitucional de 1999, en el cual, lamentablemente, se estableció el esquema institucional que ha permitido la concentración del poder, alentando el autoritarismo y eliminando toda forma de control del poder; y que ha igualmente permitido la centralización del poder, iniciando el proceso de desmantelamiento del federalismo y del municipalismo, reforzando el mismo autoritarismo, distorsionando la posibilidad de participación política efectiva a pesar de los mecanismos de democracia directa que se recogieron.

Es un ejemplo constitucional de autoritarismo constitucional con origen electoral, el cual, sin embargo, constituye la negación de lo que debe ser un Estado democrático de derecho.

Montado sobre ese autoritarismo constitucional, en enero de 2007, como antes se ha dicho, y con ocasión del inicio de su segundo período constitucional, el Presidente de la República ha comenzado a exponer los pasos para el desmantelamiento definitivo de la democracia en Venezuela, mediante un sistema de organización de un Poder Único, denominado del Poder Popular o del Poder comunal (estado comunal o estado socialista), completamente concentrado y centralizado, y conducido políticamente por un Partido Único. Y ambos, el Poder Popular y el Partido Único, con el objeto de imponer “la dictadura de la democracia”, dirigidos por una sola persona, que será el Presidente del Poder Popular y del Partido Único.

Para ello, por supuesto, se requeriría previamente una reforma general de la Constitución, la cual también ha sido anunciada en enero de 2007. Sin embargo, previa-

mente, en fraude a la propia Constitución, en el mismo mes de enero de 2007 se ha dictado una Ley habilitante que autoriza al Presidente para, precisamente, dictar leyes contrarias a la Constitución, “con el objeto de actualizar y **transformar el ordenamiento legal que regula a las instituciones del Estado**” y establecer “los **mecanismos de participación popular**, a través del control social, la inspección técnica social y la práctica del voluntariado, de la comunidad organizada en la aplicación del ordenamiento jurídico y ámbito económico del Estado. Así como, que **adecuen la estructura organizativa de las instituciones del Estado, para permitir el ejercicio directo de la soberanía popular**”. Estas leyes “constitucionales”, sin embargo, tal como se ha anunciado, serían emitidas después de que se produzca la reforma de la Constitución.¹⁰⁰⁷ Es decir, en otro depurado fraude constitucional, conforme a una Constitución que no autoriza la delegación legislativa para reformar la Constitución, se dicta una Ley habilitante con esa autorización que se utilizaría sólo si durante el lapso de vigencia de dicha Ley se reforma previamente la Constitución.

Las líneas generales de esas reformas para la estructuración de Poder Popular supuestamente montado sobre el ejercicio directo de la soberanía por el pueblo, están basadas en la eliminación de la democracia como régimen político representativo y plural, que pueda permitir la elección mediante sufragio universal, directo y secreto a los titulares de los poderes públicos distribuidos en el territorio (Alcaldes y Concejales en los Municipios, Gobernadores y Legisladores en los Estados, Diputados a la Asamblea Nacional y Presidente de la República).

El esquema, tal como se ha anunciado, apuntaría a la sustitución de la democracia representativa directa por una supuesta democracia participativa indirecta, en la cual no habría elección popular alguna. Su funcionamiento tendría a la base a las “asambleas de vecinos” y a los “concejos comunales” cuyos miembros no serían electos mediante sufragio universal, directo y secreto, sino escogidos en la comunidad, por supuesto, con la conducción ideológica del Partido Único, que sería el único que tendría acceso a los órganos del poder del Estado en todos los niveles.

Los concejos comunales nombrarían sus representantes en los consejos comunales regionales o los de las ciudades federales (“confederación regional y local de consejos comunales”); y estos últimos serían los que designarían sus representantes en la Asamblea Nacional del Poder Popular (“confederación nacional de consejos comunales”), que eventualmente sustituiría a la actual Asamblea Nacional. En esta forma, se eliminaría todo vestigio de elección directa, universal y secreta de los diputados a los órganos legislativos estatales y nacional, así como de los gobernadores. Y finalmente, la Asamblea Nacional del Poder Popular así integrada, entonces designa-

1007 Como se reseñó en la prensa el 31 de enero de 2007-02-04: “El lapso de 18 meses de vigencia de la Ley habilitante tiene la finalidad de permitirle al presidente de la República, Hugo Chávez, esperar que la reforma de la Constitución sea aprobada para redactar las normas que darán piso al modelo del Estado socialista que desea implantar. De acuerdo con parlamentarios consultados, en los primeros meses los decretos ley que redactará el Ejecutivo estarán adecuados a la Carta Magna de 1999 y en algunos llenarán las omisiones del Poder Legislativo... Luego de la consulta popular para la aprobación de las reformas de la Constitución, algunos diputados han manifestado que podría ser en septiembre, el mandatario contaría con tiempo suficiente para adecuar la legislación al modelo político que propone. Por ello, los diputados presumen que todo instrumento legal relacionado con el sistema de Estado será promulgado a finales de 2007 o principios de 2008”. *El Nacional*, Caracas 31-01-2007, p. A2

ría un Consejo Nacional (de gobierno) del Poder Popular que por supuesto, ineludiblemente estaría presidido por una misma persona que además sería el Presidente del Partido Único.

Todas estas reformas que implican la eliminación de la democracia representativa en el país, han comenzado a ser implementadas en 2006, con la sanción de la Ley de los Consejos Comunales (Poder Popular), como estructura paralela que se ha establecido respecto de la organización municipal, en evidente fraude a la Constitución, para en definitiva sustituir a los Municipios como unidades primarias. La diferencia con estos, precisamente está en que en ellos, los Alcaldes y Concejales municipales son electos, y los Municipios son políticamente autónomos; y en cambio, los integrantes de los Consejos Comunales no son electos, sino designados a dedo por suuestas “asambleas de ciudadanos” controladas desde la cúpula del Poder Ejecutivo, del cual dependen, sin autonomía política alguna.

Una vez montada la estructura de base del Poder Popular (anunciada en la Ley de los Consejos Comunales), y dotada de ingentes recursos que no se dan a los Municipios, que maneja una Comisión Presidencial, el paso subsiguiente será la eliminación de los Municipios como también se ha anunciado y, en paralelo, la eliminación de los Estados y de todo vestigio de elección directa y de descentralización política y por ende de posibilidad de participación política.

Así, lo que se ha anunciado es, en definitiva, como se ha dicho, la eliminación de todos los cuerpos representativos y electos, municipales y estatales.¹⁰⁰⁸ En el nivel estatal, por lo también anunciado, lo que habrían serían ciertas “ciudades federales” o confederaciones regionales de concejos comunales, cuyos conductores serían, de nuevo, personas designadas también a dedo, por los Consejos Comunales que se controlan por la Comisión Presidencial del Poder Popular.

Y en cualquier momento, como se dijo, podría venir la propuesta de eliminar la propia Asamblea Nacional como órgano representativo nacional, y establecer en su lugar una Asamblea Nacional del Poder Popular (confederación nacional de consejos comunales), que sería la cúspide del Poder Popular, integrada por representantes designados por las ciudades federales y agrupaciones de los Consejos Comunales; todos, por supuesto, debidamente controlados desde la cúspide, con el mecanismo del Partido Único. Todo está anunciado.

Por último, debe mencionarse que el Presidente de la República, en las reformas constitucionales que ha anunciado y prometido desde 2006, está la incorporación en la Constitución de la posibilidad de reelección presidencial indefinida. Esa reelección, que es difícil de vender, podría no estar montada sobre un sistema de elección directa, universal y secreta, sino que se podría tratar de una designación efectuada por la confederación nacional del Poder Popular que sería la Asamblea Nacional del Poder Popular. Es decir, en la cúspide del Poder Popular estaría como Presidente del Poder Popular la misma persona que lo controle, pero no porque sea elegido reincidente e ilimitadamente en forma directa por el pueblo mediante votaciones universales, directas y secretas, sino porque siempre sería designado como tal, por las estructuras del Poder Popular, cuya voluntad confluiría finalmente en la Asamblea nacio-

1008 V. la reseña sobre lo expuesto por el Presidente de la república: “Chávez: Empecemos a raspar alcaldes y gobernadores”, *El Nacional*, 29-01-2007, p. A2

nal del Poder Popular para presidir tanto el Consejo de gobierno del Poder Popular como el Partido Único.

Para comenzar la configuración de este esquema de organización estatal, en enero de 2007, el Presidente de la República ya ha comenzado a cambiarle el nombre y sentido a la propia estructura organizativa de la Administración Pública, denominando a todos los Ministerios y Ministros del Ejecutivo nacional como “del Poder Popular” (p.e. Ministerio del Poder Popular de Relaciones Exteriores, Ministerio del Poder Popular de Infraestructura, etc.).

Lo cierto es que en líneas generales, ese fue el sistema establecido para asegurar la dictadura del proletariado por los Soviets en la Unión Soviética a partir de 1918 y el esquema del poder popular establecido en Cuba, donde la Asamblea Popular es la que designa un Consejo de Estado o de gobierno el cual, a la vez, siempre elige a una misma persona para presidirlo.

En conclusión, se trata de un esquema de organización del Estado y del Poder que implica la eliminación completa de la democracia representativa, y su sustitución por una supuesta democracia directa, es decir de ejercicio directo de la soberanía por el pueblo, y de elección indirecta de representantes incluida la jefatura del Estado.

New York, Abril 2007.

ÍNDICE GENERAL

| | |
|-----------------------|----|
| PLAN GENERAL | 7 |
| NOTA EXPLICATIVA..... | 11 |

CAPÍTULO I

SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

§1. LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN INTERNO DE LOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA

(Ciudad de México, marzo 2006)

| | |
|--|----|
| I. LAS CLÁUSULAS ABIERTAS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y LA APLICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO INTERNO | 17 |
| II. LA APLICACIÓN INMEDIATA DE LOS DERECHOS CONSAGRADOS EN TRATADOS INTERNACIONALES, COMO DERECHOS CONSTITUCIONALES, AÚN EN AUSENCIA DE LEYES REGLAMENTARIAS | 24 |
| III. LA APLICACION DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN INTERNO, EN VIRTUD DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE SUS REGULACIONES | 26 |
| 1. <i>La aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito interno como consecuencia del rango y valor otorgado a los mismos en el derecho interno</i> | 28 |
| A. <i>El rango supra constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos su aplicabilidad inmediata y preferente</i> | 28 |
| 2. <i>La aplicación directa de los instrumentos internacionales de derechos humanos debido a su rango constitucional</i> | 38 |
| 3. <i>La aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el orden interno dado su rango y valor supra legal</i> | 41 |
| 4. <i>El rango legal de los tratados internacionales sobre derechos humanos y su aplicación en el ámbito interno</i> | 45 |
| IV. LA APLICACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNO DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN VIRTUD DE REGLAS CONSTITUCIONALES DE INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS | 49 |

| | |
|--|----|
| 1. <i>La interpretación de los derechos constitucionales de acuerdo con los instrumentos internacionales</i> | 50 |
| 2. <i>Las referencias constitucionales generales a las declaraciones universales de derechos humanos</i> | 51 |
| 3. <i>La interpretación de los derechos humanos conforme al principio de la progresividad</i> | 54 |

CAPÍTULO II

SOBRE CONSTITUCIONALISMO Y AUTORITARISMO

§2. EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y LOS NUEVOS AUTORITARISMOS CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA LATINA: EL CASO DE VENEZUELA

(Curitiba, Brasil, noviembre 2006)

| | |
|--|----|
| I. LAS EXIGENCIAS DEL ESTADO DEMOCRATICO DE DERECHO: LA SEPARACIÓN DE PODERES Y LA DEMCORACIA | 61 |
| II. LA CONCENTRACIÓN DEL PODER Y EL AUTORITARISMO CONSTITUCIONAL..... | 64 |
| III. LA CENTRALIZACIÓN DEL PODER Y LA AUSENCIA DE EFECTIVA PARTICIPACIÓN POLÍTICA..... | 69 |
| IV. APRECIACIÓN FINAL..... | 78 |

§3 EL AUTORITARISMO ESTABLECIDO EN FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN Y A LA DEMOCRACIA, Y SU FORMALIZACIÓN EN VENEZUELA MEDIANTE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

(Caracas, febrero 2007)

| | |
|---|----|
| I. EL INICIO DEL PROCESO AUTORITARIO: LA ASAMBLEA CONSTI- TUYENTE DE 1999 Y EL FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN..... | 80 |
| II. EL AUTORITARISMO POPULAR Y EL FRAUDE A LA DEMOCRACIA | 82 |
| III. LAS EXIGENCIAS DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO: LA SEPARACIÓN DE PODERES Y LA DEMOCRACIA..... | 86 |
| IV. EL PROCESO DE CONCENTRACIÓN DEL PODER Y EL AUTORITY- RISMO CONSTITUCIONAL | 88 |
| 1. <i>El asalto al poder y su concentración inicial</i> | 89 |
| 2. <i>El germen de la concentración del poder: la potestad de la Asamblea Nacional de remover a los titulares de los poderes públicos</i> | 90 |
| 3. <i>La abstención de control por la amenaza de remoción</i> | 91 |
| 4. <i>El fraude a la participación política en la designación de los altos car- gos estatales</i> | 91 |
| 5. <i>La primacía del Ejecutivo y la ausencia de contrapesos</i> | 92 |

| | |
|---|-----|
| 6. <i>La potestad legislativa delegada en el Ejecutivo y el fraude a la participación</i> | 92 |
| 7. <i>El militarismo constitucional</i> | 94 |
| V. LA INTERMINABLE INTERVENCIÓN Y SUMISIÓN DEL PODER JUDICIAL AL RÉGIMEN AUTORITARIO | 95 |
| VI. EL PROCESO DE CENTRALIZACIÓN DEL PODER Y LA AUSENCIA DE EFECTIVA PARTICIPACIÓN POLÍTICA | 99 |
| 1. <i>La Federación centralizada y la ilusión de la participación</i> | 99 |
| 2. <i>El sentido de la democracia y la ilusión de la democracia participativa</i> | 100 |
| 3. <i>La reacción contra la Federación como forma de Estado descentralizado</i> | 105 |
| 4. <i>La reacción contra el Municipalismo y su sustitución por un Poder Popular o Comunal centralizado</i> | 107 |
| VII. LA CONSOLIDACIÓN PREVISIBLE DEL PROCESO AUTORITARIO MEDIANTE LA REFORMA CONSTITUCIONAL: LA “DICTADURA DE LA DEMOCRACIA” PARA EL DESMANTELAMIENTO DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA | 109 |

§4. LECCIONES DE LA CRISIS POLÍTICA DE LA DEMOCRACIA VENEZOLANA

(Ciudad de México, abril 2006)

CAPÍTULO III

SOBRE EL PODER JUDICIAL Y SU AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA

§5. LA CUESTIÓN DE LEGITIMIDAD: CÓMO ESCOGER LOS JUECES DE LAS CORTES SUPREMAS? LA DOCTRINA EUROPEA Y EL CONTRASTE LATINOAMERICANO

(Berlín, noviembre 2005)

| | |
|---|-----|
| I. LA CUESTIÓN DE LA LEGITIMIDAD: EL OBJETIVO O EL ORIGEN DEL PROCESO DE SELECCIÓN DE LOS JUECES..... | 131 |
| II. LA DOCTRINA Y LOS PRINCIPIOS EUROPEOS Y EL CONTRASTE LATINOAMERICANO | 132 |
| III LA DESIGNACIÓN DE LOS MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA POR LOS DIVERSOS ÓRGANOS DE LOS PODERES PÚBLICOS | 136 |
| 1. <i>La designación por los órganos del Estado a través de un Consejo de la Magistratura: la Corte Suprema de Justicia de República Dominicana</i> | 136 |
| 2. <i>La designación de los integrantes de los Tribunales Constitucionales en Chile, Guatemala y Ecuador</i> | 138 |
| A. <i>Competencia exclusiva de los órganos del Estado: Tribunal Constitucional de Chile</i> | 138 |

| | | |
|-----|--|-----|
| B. | <i>La designación por los órganos del Estado y por representaciones de la sociedad civil: Corte de Constitucionalidad de Guatemala</i> | 138 |
| C. | <i>La competencia del Congreso Nacional, sujeta a propuestas de los órganos del Estado y de representaciones de la sociedad civil: el Tribunal Constitucional de Ecuador</i> | 139 |
| IV | LA DESIGNACIÓN POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA CON INTERVENCIÓN DEL PODER LEGISLATIVO | 139 |
| 1. | <i>Designación por el Presidente de la República con el acuerdo de la Asamblea legislativa: el caso de Panamá</i> | 139 |
| 2. | <i>Designación por el Presidente de la República con el acuerdo del Senado</i> | 140 |
| A. | <i>El Tribunal Supremo Federal y el Tribunal Superior de Justicia de Brasil</i> | 140 |
| B. | <i>La autolimitación de la atribución presidencial en el caso de Argentina</i> | 140 |
| C. | <i>La Corte Suprema de Justicia de Chile y las propuestas provenientes de listas elaboradas por el Poder Judicial</i> | 142 |
| V. | DESIGNACIÓN POR EL ÓRGANO LEGISLATIVO | 143 |
| 1. | <i>Competencia exclusiva del Poder Legislativo</i> | 143 |
| A. | <i>La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica</i> | 143 |
| B. | <i>El Tribunal Constitucional de Bolivia</i> | 144 |
| C. | <i>El Tribunal Constitucional del Perú</i> | 144 |
| D. | <i>La Corte Suprema de Justicia de Nicaragua</i> | 144 |
| E. | <i>La Corte Suprema de Justicia de Uruguay</i> | 144 |
| 2. | <i>Competencia del órgano legislativo a propuesta de otro órgano estatal</i> | 145 |
| A. | <i>La Corte Suprema de Bolivia: la designación por el Congreso a propuesta de un Consejo de la Judicatura</i> | 145 |
| B. | <i>La designación por la Asamblea Legislativa a propuesta del Consejo Nacional de la Judicatura: El Salvador</i> | 145 |
| 3. | <i>Competencia del Congreso a propuesta de un cuerpo independiente de postulaciones</i> | 146 |
| A. | <i>La Comisión de Postulaciones en Guatemala</i> | 146 |
| B. | <i>La Junta Nominadora en Honduras</i> | 146 |
| C. | <i>El Comité de Postulaciones Judiciales en Venezuela</i> | 148 |
| 4. | <i>Designación por el Senado</i> | 153 |
| A. | <i>De ternas presentadas por otras Jurisdicciones: la Corte Constitucional de Colombia</i> | 153 |
| B. | <i>A propuesta del Presidente de la República: el caso de México</i> | 153 |
| C. | <i>A propuesta del Consejo Judicatura y acuerdo Poder Ejecutivo: el caso de Paraguay</i> | 154 |
| VI. | LA DESIGNACIÓN POR UN CONSEJO DE LA MAGISTRATURA | 155 |

| | |
|---|-----|
| VII. LA DESIGNACIÓN POR EL SISTEMA DE COOPTACIÓN..... | 155 |
| 1. <i>El sistema de cooptación a propuesta del Consejo Superior de la Judicatura: el caso de Colombia</i> | 155 |
| VIII. COMENTARIOS FINALES | 159 |

**§6. LA PROGRESIVA Y SISTEMÁTICA DEMOLICIÓN DE
LA AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL
EN VENEZUELA (1999-2004)**

(Barquisimeto, noviembre 2004)

| | |
|--|-----|
| I. LA INTERVENCIÓN CONSTITUYENTE DEL PODER JUDICIAL | 163 |
| 1. <i>La asunción por la Asamblea Nacional Constituyente de un poder cons- tituyente originario que no le había otorgado el pueblo</i> | 163 |
| 2. <i>La reorganización de los poderes constituidos</i> | 165 |
| 3. <i>La complicidad de la Corte Suprema de Justicia con la inconstitucional intervención constituyente de los poderes constituidos</i> | 166 |
| 4. <i>La intervención del Poder Judicial con la anuencia de la antigua Corte Suprema de Justicia</i> | 172 |
| A. <i>El decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de reorganiza- ción del Poder Judicial</i> | 172 |
| B. <i>El “Acuerdo” de la Corte Suprema de Justicia de 23 de agosto de 1999 aceptando la inconstitucional intervención del Poder Judicial y su “autodisolución”</i> | 176 |
| 5. <i>La continuación de la intervención del Poder Judicial con la anuencia del Tribunal Supremo de Justicia</i> | 178 |
| A. <i>La aceptación por el Tribunal Supremo de Justicia de la transito- riedad en materia de régimen disciplinario judicial</i> | 178 |
| B. <i>La inexistencia de la carrera judicial y la ausencia de estabilidad de los jueces</i> | 180 |
| II. LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO COMO JUEZ EN SU PROPIA CAUSA | 182 |
| 1. <i>La Sala Constitucional decidiendo en su propia causa sobre el inconsti- tucional Régimen Transitorio paralelo de la Constitución de 1999 que le dio origen</i> | 182 |
| A. <i>La ausencia de disposiciones transitorias sobre el Poder Judicial en la Constitución de 1999</i> | 183 |
| B. <i>La “creación” y constitución por la Asamblea Nacional Constitu- yente del nuevo Tribunal Supremo de Justicia, de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial y de otros órganos del Estado, al margen de la Constitución</i> | 186 |

| | | |
|------|---|-----|
| C. | <i>La Sala Constitucional como juez en su propia causa: El reconocimiento, por parte del Tribunal Supremo de Justicia que había sido producto del “Régimen de Transición del Poder Público”, del rango constitucional del mismo y de la existencia de un doble régimen transitorio constitucional: uno constitucional y otro paraconstitucional</i> | 191 |
| 2. | <i>La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de nuevo vuelve a ser juez y parte, al decidir en su propia causa en relación con el nombramiento de los magistrados en 2000</i> | 200 |
| A. | <i>La burla a la Constitución por la confiscación de los Comités de Postulaciones para asegurar el derecho constitucional a la participación de la sociedad civil en la designación de los titulares de los órganos del Poder Público no electos popularmente para el primer período constitucional (2000)</i> | 200 |
| B. | <i>La burla a la Constitución en cuanto a la inaplicabilidad de las condiciones constitucionales de elegibilidad de los Magistrados del Tribunal Supremo para los nombrados en el primer período constitucional</i> | 205 |
| III. | LA INTERVENCIÓN “JUDICIAL” DEL PODER JUDICIAL Y LA LESIÓN A LA AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA..... | 210 |
| 1. | <i>La paralización de la jurisdicción contencioso-administrativa por el Tribunal Supremo de Justicia</i> | 210 |
| 2. | <i>El secuestro de la jurisdicción contencioso-electoral por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia</i> | 212 |
| A. | <i>Los intentos de secuestro de la Sala Electoral del Tribunal Supremo por la Sala Constitucional del mismo Tribunal</i> | 213 |
| B. | <i>La decisión cautelar de la Sala Electoral y las reacciones del poder político contra su autonomía e independencia del Tribunal Supremo</i> | 216 |
| C. | <i>El secuestro de la Sala Electoral por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo con ocasión de su decisión cautelar</i> | 219 |
| a. | <i>Las vías judiciales para el secuestro</i> | 219 |
| b. | <i>La anulación de la sentencia cautelar de la Sala Electoral por la Sala Constitucional</i> | 223 |
| c. | <i>El avocamiento de la causa por la Sala Constitucional a costa de la destrucción de la “Pirámide de Kelsen”</i> | 227 |
| D. | <i>El nuevo secuestro de la Sala Electoral con ocasión de la decisión definitiva anulando los actos del Consejo Nacional Electoral</i> | 234 |
| IV. | LA INTERVENCIÓN LEGISLATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA..... | 238 |
| 1. | <i>El establecimiento de bases legales para el control político del Tribunal Supremo de Justicia</i> | 238 |
| 2. | <i>La nueva burla al derecho a la participación política con la configuración del Comité de Postulaciones Judiciales</i> | 238 |

- 3. *La inconstitucional violación del régimen constitucional de la remoción de los Magistrados* 239
- 4. *La regularización de la inexistencia de la jurisdicción disciplinaria judicial* 242

**§7. EL CONSTITUCIONALISMO Y LA EMERGENCIA EN
VENEZUELA: ENTRE LA EMERGENCIA FORMAL EXCEPCIONAL Y LA
EMERGENCIA ANORMAL PERMANENTE DEL
PODER JUDICIAL**

(Córdoba, Argentina, junio 2005)

- I. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN 246
 - 1 *El decreto de estado de excepción* 247
 - 2 *Medidas que pueden adoptarse en virtud del decreto de estado de excepción: el rango legal*..... 249
 - A. *Régimen general*..... 249
 - B. *La restricción de las garantías constitucionales y su obligatorio contenido normativo*..... 249
 - C. *La movilización* 252
 - D. *La requisición*..... 252
 - E. *Las medidas relativas a los artículos de primera necesidad y a los servicios públicos* 252
 - F. *Las medidas de orden presupuestarias en cuanto al gasto público* 252
 - 3. *El control de los decretos de estados de excepción* 253
 - A. *El control por la Asamblea Nacional*..... 253
 - a. *El sometimiento del decreto a la Asamblea*..... 253
 - b. *La aprobación por la Asamblea* 253
 - B. *El control concentrado de constitucionalidad por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia* 254
 - a. *La remisión del decreto a la Sala Constitucional*..... 254
 - b. *Motivos de control*..... 255
 - c. *Procedimiento y la participación de interesados* 256
 - d. *Decisión*..... 257
 - C. *El control por los demás tribunales* 257
 - D. *El control por la comunidad organizada y las organizaciones públicas no estatales* 258
- II. LA PERMANENTE Y ANORMAL EMERGENCIA: EL CASO DEL PODER JUDICIAL 259

| | |
|---|-----|
| 1. <i>La intervención constituyente del Poder Judicial</i> | 259 |
| 2. <i>La continuación de la intervención del Poder Judicial con la anuencia del Tribunal Supremo de Justicia</i> | 261 |
| 3. <i>La inconstitucional violación del régimen constitucional de la remoción de los Magistrados del Tribunal Supremo</i> | 264 |
| 4. <i>La regularización de la inexistencia de la jurisdicción disciplinaria judicial</i> | 266 |

CAPÍTULO IV

SOBRE LA FORMA DE ESTADO

§8. NOTAS SOBRE LAS FORMAS DE ESTADO. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y REALIDAD CONTEMPORÁNEA. (ESPECIAL REFERENCIA A VENEZUELA Y AL ECUADOR)

(Guayaquil, mayo 2006)

| | |
|---|-----|
| I. LA DISTRIBUCIÓN VERTICAL DEL PODER. Y LAS FORMAS DE ESTADO | 273 |
| II LAS FORMAS DE ESTADO Y LOS PRINCIPIOS SOBRE LA DESCENTRALIZACION | 275 |
| 1. <i>Las formas de la descentralización</i> | 275 |
| 2. <i>Las consecuencias de la descentralización: la autonomía</i> | 278 |
| 3. <i>Los principios sobre la descentralización administrativa o funcional</i> | 279 |
| A. <i>Las formas jurídicas de derecho público: los institutos autónomos</i> | 280 |
| B. <i>Las formas jurídicas de derecho privado</i> | 281 |
| a. <i>Las empresas del Estado</i> | 281 |
| b. <i>Las fundaciones del Estado</i> | 282 |
| c. <i>Las sociedades civiles del Estado (nacionales)</i> | 283 |
| 4. <i>La descentralización política o descentralización territorial y las formas de Estado: el caso de Venezuela</i> | 283 |
| A. <i>La distribución vertical de competencias</i> | 285 |
| a. <i>La distribución constitucional</i> | 285 |
| b. <i>La definición del ámbito de la descentralización territorial hacia los Estados de materias de competencia concurrente</i> | 286 |
| c. <i>La descentralización territorial hacia los Estados de materias de la competencia nacional</i> | 287 |
| B. <i>La autonomía política o territorial</i> | 288 |
| C. <i>Los límites a la autonomía en la Federación venezolana: la Federación centralizada</i> | 290 |
| III. LOS ANTECEDENTES DE LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER EN LAS REVOLUCIONES DEL SIGLO XVIII | 295 |

| | |
|--|-----|
| 1. <i>La Federación en el proceso de constitucionalización de la Unión Norteamericana</i> | 296 |
| 2. <i>El Poder Municipal en el proceso de constitucionalización de la Revolución francesa</i> | 305 |
| 3. <i>Los principios napoleónicos sobre el Municipio y su influencia en América Latina</i> | 314 |
| A. <i>El principio de la multiplicidad de municipios en Europa y en particular en España</i> | 314 |
| B. <i>El régimen municipal colonial en Latinoamérica: los cabildos provinciales</i> | 315 |
| C. <i>El municipio republicano en América hispana alejado del ciudadano</i> | 317 |
| IV. LA DESCENTRALIZACIÓN POLITICA COMO FENÓMENO DEL MUNDO DEMOCRÁTICO CONTEMPORANEO | 318 |
| 1. <i>La descentralización política como fenómeno y exigencia contemporánea: la crisis del Estado Nacional y de las formas tradicionales: Estado Unitario y Estado federal</i> | 320 |
| 2. <i>La formula del Estado regional</i> | 326 |
| A. <i>El Estado Regional Italiano y sus desarrollos federales</i> | 327 |
| B. <i>Del Estado de Comunidades y Regiones de Bélgica a la Federación</i> | 329 |
| C. <i>El Estado de Comunidades Autónomas español</i> | 330 |
| D. <i>La Regionalización política de Francia y el Estado Regional</i> | 331 |
| E. <i>Otras experiencias de regionalización política</i> | 332 |
| 3. <i>Exigencias de la descentralización</i> | 332 |
| V. LA DESCENTRALIZACIÓN, LA DEMOCRACIA Y LA PARTICIPACIÓN POLITICA | 334 |
| 1. <i>Democracia y participación</i> | 334 |
| 2. <i>Participación y descentralización</i> | 339 |
| 3. <i>La reafirmación de la democracia representativa y los valores de la democracia</i> | 344 |
| VI. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA DESCENTRALIZACIÓN EN EL ECUADOR Y EL PROYECTO DE LEY ORGANICA DEL SISTEMA AUTONÓMICO (2006) | 348 |
| 1. <i>El Estado unitario con entidades políticas territoriales</i> | 348 |
| 2. <i>Los principios de la administración pública nacional descentralizada y desconcentrada</i> | 348 |
| A. <i>Los principios de descentralización funcional</i> | 348 |
| B. <i>La administración pública nacional descentralizada y desconcentrada</i> | 348 |
| C. <i>Los principios de la desconcentración de la administración pública nacional: el régimen seccional dependiente</i> | 349 |
| 3. <i>Los principios de la descentralización territorial</i> | 350 |

| | | |
|----|--|-----|
| A. | <i>Las entidades territoriales y la política de descentralización</i> | 350 |
| a. | <i>Las Provincias, cantones y parroquias</i> | 350 |
| b. | <i>La política de descentralización de competencias nacionales hacia las entidades territoriales</i> | 350 |
| c. | <i>La transferencia de competencias del gobierno central</i> | 350 |
| B. | <i>La organización de los gobiernos seccionales autónomos</i> | 351 |
| a. | <i>Los gobiernos territoriales autónomos y su régimen nacional</i> | 351 |
| b. | <i>El régimen autonómico</i> | 351 |
| c. | <i>Las provincias y los gobiernos provinciales: Los Consejos y Prefectos Provinciales</i> | 352 |
| d. | <i>Los cantones y los gobiernos municipales: Los Concejos municipales y los Alcaldes</i> | 352 |
| e. | <i>Las Parroquias rurales y las Juntas Parroquias</i> | 353 |
| C. | <i>Los regímenes especiales de administración territorial</i> | 353 |
| a. | <i>Los regímenes especiales</i> | 353 |
| b. | <i>La Provincia de Galápagos</i> | 353 |
| c. | <i>Las Provincias amazónicas</i> | 353 |
| d. | <i>Las circunscripciones territoriales indígenas y afroamericanas</i> | 354 |
| D. | <i>El financiamiento de los entes territoriales</i> | 354 |
| a. | <i>Los recursos propios y la asignación de rentas nacionales</i> | 354 |
| b. | <i>Los recursos para el funcionamiento</i> | 354 |
| 4. | <i>Comentarios al “Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Autonómico” 2006</i> | 355 |
| A. | <i>Los Considerandos del Proyecto y su no adaptación al marco constitucional de la autonomía territorial</i> | 355 |
| B. | <i>La regulación de la autonomía territorial como una opción, contraria a la Constitución</i> | 356 |
| C. | <i>La “conversión” de los Cantones, Distritos metropolitanos y Provincias en “gobiernos autónomos”</i> | 357 |
| D. | <i>La “creación” de nuevos “gobiernos autónomos” mediante la asociación de Cantones, Distritos metropolitanos y Provincias</i> | 357 |
| E. | <i>Algunos impedimentos constitucionales para el esquema “autonómico” regulado en el Proyecto de Ley</i> | 358 |

§9. CONSIDERACIONES SOBRE LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA, LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA Y LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

(Lima, Perú, abril 2006)

| | | |
|----|--|-----|
| I | <i>LA DESCENTRALIZACION</i> | 359 |
| 1. | <i>Las formas de la descentralización</i> | 359 |
| 2. | <i>Las consecuencias de la descentralización: la autonomía</i> | 362 |

| | |
|---|------|
| II. LOS PRINCIPIOS SOBRE LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA O FUNCIONAL..... | 363 |
| 1. <i>Las formas jurídicas de la descentralización funcional en la Ley Orgánica de la Administración Pública de Venezuela</i> | 3564 |
| A. <i>Formas jurídicas de derecho público: los institutos autónomos</i> | 365 |
| B. <i>Las formas jurídicas de derecho privado</i> | 365 |
| a. <i>Las empresas del Estado</i> | 366 |
| b. <i>Las fundaciones del Estado</i> | 367 |
| c. <i>Las sociedades civiles del Estado (nacionales)</i> | 367 |
| III. LA DESCENTRALIZACIÓN POLITICA O TERRITORIAL..... | 368 |
| 1. <i>La distribución vertical de competencias</i> | 368 |
| A. <i>La distribución constitucional</i> | 368 |
| B. <i>La definición del ámbito de la descentralización territorial hacia los Estados de materias de competencia concurrente</i> | 369 |
| C. <i>La descentralización territorial hacia los estados de materias de la competencia nacional</i> | 371 |
| 2. <i>La autonomía política o territorial</i> | 371 |
| IV. LA DESCENTRALIZACIÓN POLITICA Y LA DEMOCRACIA..... | 373 |
| 1. <i>La democracia ante el discurso autoritario y la llamada “democracia participativa”</i> | 374 |
| 2. <i>Sobre la democracia: la representación y la participación</i> | 375 |
| 3. <i>La participación como esencia histórica de la democracia</i> | 378 |
| V. LA PARTICIPACION POLITICA Y EL RÉGIMEN MUNICIPAL..... | 380 |
| 1. <i>El contraste constitucional del Municipio en Europa y en América latina y su tronco común en: la Revolución Francesa</i> | 381 |
| 2. <i>De la anarquía a la organización piramidal del poder (el control de tutela)</i> | 383 |
| 3. <i>Los principios del régimen municipal napoleónico y su travesía atlántica</i> | 384 |
| A. <i>El principio de la multiplicidad de municipios en Europa y en particular en España</i> | 384 |
| B. <i>El régimen municipal colonial en Latinoamérica: los cabildos provinciales</i> | 385 |
| C. <i>El municipio republicano en América hispana alejado del ciudadano</i> | 387 |
| 4. <i>La participación como fenómeno de la vida local</i> | 388 |
| 5. <i>La participación, el localismo y la descentralización</i> | 389 |

**§10. PROBLEMAS DE LA DESCENTRALIZACIÓN EN
LA FEDERACIÓN VENEZOLANA. CONTRASTE CON
LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DE COMPETENCIAS EN
EL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN EN EL PERÚ**

(Lima, Perú, septiembre 2005)

| | | |
|-----|--|-----|
| I. | LA FEDERACIÓN CENTRALIZADA EN VENEZUELA: UNA CONTRADICCIÓN CONSTITUCIONAL | 393 |
| 1. | <i>Algunos aspectos históricos del desarrollo de la Federación en Venezuela</i> | 394 |
| 2. | <i>Las previsiones constitucionales relativas a la Federación en la Constitución de 1999</i> | 397 |
| 3. | <i>Los límites al contenido de las Constituciones estatales</i> | 398 |
| 4. | <i>El sistema constitucional de distribución de poderes entre los tres niveles de gobierno: nacional, estatal y municipal</i> | 401 |
| 5. | <i>El financiamiento de la Federación</i> | 403 |
| 6. | <i>El precario ámbito de las competencias estatales cuyo ejercicio se sujeta a lo que disponga la legislación nacional</i> | 404 |
| II. | LAS COMPETENCIAS EXCLUSIVAS DE LOS ESTADOS EN VENEZUELA. CONTRASTE CON LAS COMPETENCIAS DE LOS GOBIERNOS REGIONALES EN EL PERÚ | 404 |
| 1. | <i>Las precarias competencias exclusivas de los estados en Venezuela y su ejercicio conforme a la ley nacional</i> | 404 |
| A. | <i>Las competencias de orden institucional</i> | 405 |
| a. | <i>La supuesta competencia para la organización de los poderes públicos estatales</i> | 405 |
| b. | <i>La organización de los municipios sujeta a la ley nacional</i> | 405 |
| B. | <i>Las materias de la competencia exclusiva de los estados</i> | 406 |
| a. | <i>Las competencias en materia de servicios públicos</i> | 407 |
| b. | <i>La competencia en materia de policía estatal y de fijación del ámbito de la policía municipal</i> | 407 |
| c. | <i>Las competencias en materia de explotación de bienes y recursos</i> | 409 |
| d. | <i>Las competencias en materia de infraestructura</i> | 410 |
| 2. | <i>El contraste con las competencias y funciones atribuidas a los gobiernos regionales en el Perú</i> | 413 |
| A. | <i>La asignación de competencias exclusivas a los Gobiernos regionales en el Perú</i> | 413 |
| a. | <i>Planificación del desarrollo</i> | 413 |
| b. | <i>Organización interna y presupuesto</i> | 413 |
| c. | <i>Proyectos de infraestructura</i> | 414 |
| d. | <i>Promoción de empresas y del desarrollo económico</i> | 414 |

| | |
|--|-----|
| e. <i>Turismo</i> | 414 |
| f. <i>Administración de inmuebles públicos urbanos y demarcación territorial</i> | 414 |
| B. <i>Algunas funciones de los gobiernos regionales en materia de competencias exclusivas</i> | 414 |
| a. <i>En materia administrativa y adjudicación de terrenos propiedad del Estado (art. 62)</i> | 415 |
| b. <i>En materia de turismo (art. 63)</i> | 415 |
| c. <i>En materia de artesanía (art. 64)</i> | 416 |
| III. LAS COMPETENCIAS CONCURRENTES EN VENEZUELA Y EL CONTRASTE CON EL SISTEMA PERUANO | 417 |
| 1. <i>Las competencias concurrentes en Venezuela y su ejercicio con sujeción a la ley nacional</i> | 417 |
| A. <i>La concurrencia y las leyes de bases</i> | 417 |
| B. <i>Las competencias en materia de salud</i> | 418 |
| C. <i>Las competencias en materia de servicios de agua potable y saneamiento</i> | 419 |
| D. <i>Las competencias en materia de residuos y desechos sólidos</i> | 420 |
| E. <i>Las competencias en materia de pesca</i> | 420 |
| F. <i>Las competencias en materia de vivienda</i> | 420 |
| G. <i>Las competencias en deportes</i> | 421 |
| H. <i>Las competencias en turismo</i> | 422 |
| I. <i>Las competencias en materia de zonas costeras</i> | 423 |
| J. <i>Las competencias en materia de ordenación del territorio</i> | 424 |
| 2. <i>Las competencias compartidas en el sistema peruano de descentralización</i> | 425 |
| A. <i>Las competencias compartidas</i> | 425 |
| a. <i>Educación</i> | 425 |
| b. <i>Salud pública</i> | 425 |
| c. <i>Promoción económica</i> | 425 |
| d. <i>Gestión ambiental</i> | 425 |
| e. <i>Cultura</i> | 426 |
| f. <i>Participación ciudadana</i> | 426 |
| B. <i>Las funciones de los Gobiernos regionales en relación a las competencias compartidas</i> | 426 |
| a. <i>En materia de educación, cultura, ciencia, tecnología, deporte y recreación (art. 47)</i> | 426 |
| b. <i>En materia de trabajo, promoción del empleo y la pequeña y microempresa (art. 48)</i> | 428 |
| c. <i>En materia de salud (art. 49)</i> | 429 |

| | | |
|-----|---|-----|
| d. | <i>En materia de población (art. 50)</i> | 430 |
| e. | <i>En materia de agraria (art. 51)</i> | 430 |
| f. | <i>En materia pesquera (art. 52)</i> | 431 |
| g. | <i>En materia ambiental y de ordenación del territorio (art. 53)</i> | 432 |
| h. | <i>En materia de industria (art. 54)</i> | 433 |
| i. | <i>En materia de comercio (art. 55)</i> | 433 |
| j. | <i>En materia de transportes (art. 56)</i> | 434 |
| k. | <i>En materia de telecomunicaciones (art. 57)</i> | 434 |
| l. | <i>En materia de vivienda y saneamiento (art. 58)</i> | 435 |
| m. | <i>En materia de energía, minas e hidrocarburos (art. 59)</i> | 435 |
| n. | <i>En materia de desarrollo social e igualdad de oportunidades (art. 60)</i> | 436 |
| o. | <i>En materia de defensa civil (art. 61)</i> | 436 |
| IV. | LAS COMPETENCIAS RESIDUALES EN LA FEDERACIÓN VENEZOLANA, NO SÓLO ESTADALES SINO NACIONALES, Y LA AMPLITUD DESMESURADA DE LA CLÁUSULA DE COMPETENCIAS IMPLÍCITAS | 437 |
| V. | EL RÉGIMEN LEGAL PARA LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA DE LA FEDERACIÓN EN VENEZUELA EN MATERIA DE COMPETENCIAS CONCURRENTES | 437 |
| 1. | <i>Algunos antecedentes</i> | 437 |
| 2. | <i>La enumeración de las competencias concurrentes entre los niveles del poder público</i> | 440 |
| 3. | <i>El procedimiento para la transferencia de servicios</i> | 443 |
| A. | <i>La iniciativa de la transferencia</i> | 443 |
| B. | <i>Las etapas del procedimiento de las transferencias de servicios</i> | 445 |
| C. | <i>Los acuerdos previos a la transferencia de servicios y la gestión de los servicios susceptibles de transferencia</i> | 447 |
| D. | <i>Los principios de la desconcentración administrativa nacional</i> | 448 |
| 4. | <i>Los convenios de transferencia</i> | 449 |
| A. | <i>El marco regulador</i> | 449 |
| B. | <i>El objeto, alcance y cronograma de la transferencia</i> | 450 |
| C. | <i>La delimitación de responsabilidades inter gubernamentales</i> | 450 |
| D. | <i>Las condiciones de ejercicio de las competencias</i> | 451 |
| E. | <i>Los recursos financieros del servicio</i> | 452 |
| F. | <i>El régimen del personal</i> | 454 |
| G. | <i>Los bienes adscritos a los servicios transferidos</i> | 456 |
| H. | <i>La coordinación y cooperación en la prestación de los servicios</i> | 456 |
| 5. | <i>La posibilidad de la reasunción nacional de servicios transferidos</i> | 457 |

**§11. EL INICIO DE LA DESMUNICIPALIZACIÓN EN VENEZUELA:
LA ORGANIZACIÓN DEL PODER POPULAR PARA ELIMINAR LA
DESCENTRALIZACIÓN, LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y
LA PARTICIPACIÓN A NIVEL LOCAL**

(Ciudad de México, diciembre 2006)

| | | |
|------|---|-----|
| I | LOS CONSEJOS COMUNALES COMO ESTRUCTURAS PARALELAS AL RÉGIMEN MUNICIPAL..... | 459 |
| II. | LA “COMUNIDAD” COMO LA UNIDAD BÁSICA DE LA ORGANIZACIÓN DEL PUEBLO | 461 |
| | 1. <i>Definición</i> | 461 |
| | 2. <i>Los elementos de la comunidad</i> | 461 |
| III. | LAS ASAMBLEAS DE CIUDADANOS | 462 |
| | 1. <i>Carácter</i> | 462 |
| | 2. <i>Constitución: La Asamblea Constituyente Comunal y la Comisión Promotora</i> | 462 |
| | 3. <i>Atribuciones de la Asamblea de Ciudadanos</i> | 464 |
| | 4. <i>Los grupos de trabajo y los voceros de los comités de trabajo del Consejo Comunal</i> | 464 |
| IV. | LOS CONSEJOS COMUNALES..... | 465 |
| | 1. <i>Integración</i> | 465 |
| | 2. <i>El registro y la personalidad jurídica de los Consejos Comunales</i> | 466 |
| | 3. <i>El órgano ejecutivo del Consejo Comunal</i> | 466 |
| | A. <i>Integración</i> | 466 |
| | B. <i>Funciones del órgano ejecutivo</i> | 467 |
| | 4. <i>La unidad de gestión financiera: el Banco Comunal</i> | 467 |
| | A. <i>El banco Comunal</i> | 467 |
| | B. <i>Elección de los integrantes de la unidad de gestión financiera</i> | 468 |
| | C. <i>Funciones del Banco Comunal</i> | 468 |
| | 5. <i>La unidad de contraloría social</i> | 469 |
| | A. <i>Los recursos directos</i> | 469 |
| | B. <i>El manejo de los recursos</i> | 470 |
| V. | LOS ORGANISMOS NACIONALES PARA LA CONDUCCIÓN DE LA GESTIÓN COMUNAL | 470 |
| | 1. <i>El Fondo nacional de los Consejos Comunales</i> | 470 |
| | 2. <i>La Comisión Presidencial del Poder Popular</i> | 471 |
| | 3. <i>Las Comisiones Regionales Presidenciales del Poder Popular</i> | 471 |
| | 4. <i>Las Comisiones Locales Presidenciales del Poder Popular</i> | 471 |
| | 5. <i>La Comisión Especial de la Asamblea Nacional</i> | 471 |

CAPÍTULO V**SOBRE EL SISTEMA DE GOBIERNO****§12. EL SISTEMA PRESIDENCIAL DE GOBIERNO
EN LA CONSTITUCIÓN DE VENEZUELA DE 1999**

(Bogotá, junio 2005)

| | |
|--|-----|
| I. INTRODUCCIÓN | 475 |
| II. ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN DE PODERES Y LOS SISTEMAS DE GOBIERNO | 476 |
| 1. <i>El principio de la separación de poderes en el constitucionalismo moderno</i> | 476 |
| A. <i>Antecedentes teóricos</i> | 476 |
| B. <i>El efecto de las revoluciones Francesa y Americana</i> | 482 |
| C. <i>Los sistemas de gobierno en el constitucionalismo moderno: la consecuencia de la implantación del principio de la separación de poderes ante el principio monárquico y el republicanismo</i> | 485 |
| 2. <i>Algunos aspectos de la Revolución norteamericana y la separación de poderes en un sistema de gobierno republicano (antimonárquico)</i> | 486 |
| A. <i>La democracia y la soberanía del pueblo</i> | 486 |
| B. <i>La separación de poderes y el sistema presidencial</i> | 488 |
| 3. <i>La Revolución francesa y la separación de poderes en un sistema de gobierno monárquico</i> | 490 |
| A. <i>El principio de la soberanía nacional, el republicanismo y el gobierno representativo</i> | 490 |
| B. <i>El principio de la separación de poderes</i> | 492 |
| C. <i>El principio de la supremacía de la Ley: el principio de la legalidad</i> | 496 |
| 4. <i>La Revolución latinoamericana y la separación de poderes en un sistema de gobierno republicano conforme al modelo norteamericano</i> | 497 |
| A. <i>La recepción de los principios en la Constitución de 1811</i> | 497 |
| B. <i>La recepción de los principios en las Constituciones provinciales</i> | 502 |
| a. <i>El “Plan de Gobierno” de la Provincia de Barinas de 26-3- 1811</i> | 502 |
| b. <i>La “Constitución Provisional de la Provincia de Mérida” de 31- 7-1811</i> | 502 |
| c. <i>El “Plan de Constitución Provisional Gubernativo de la Provincia de Trujillo” de 2-9-1811</i> | 504 |
| d. <i>La “Constitución Fundamental de la República de Barcelona Colombiana” de 12-1-1812</i> | 505 |
| e. <i>La “Constitución para el gobierno y administración interior de la Provincia de Caracas” del 31-1-1812</i> | 508 |
| C. <i>Las ideas de Simón Bolívar sobre la separación de poderes y el sistema de gobierno</i> | 510 |

| | |
|--|-----|
| III. EL DEBATE CONSTITUCIONAL ENTRE LOS SISTEMAS PARLAMENTARIOS Y MONÁRQUICOS..... | 511 |
| IV. EL PRINCIPIO DE LA PENTA DIVISIÓN HORIZONTAL DEL PODER PÚBLICO EN VENEZUELA | 515 |
| 1. <i>La penta división del Poder Público Nacional</i> | 515 |
| 2. <i>La división del Poder Público y las diversas funciones del Estado</i> | 516 |
| 3. <i>Las diversas funciones del Estado</i> | 519 |
| A. <i>La función normativa</i> | 520 |
| B. <i>La función política</i> | 521 |
| C. <i>La función jurisdiccional</i> | 523 |
| D. <i>La función de control</i> | 523 |
| E. <i>La función administrativa</i> | 524 |
| 4. <i>La ausencia de coincidencia de la separación orgánica de “poderes” (división del Poder Público) y la asignación de funciones estatales</i> | 526 |
| A. <i>Funciones de la Asamblea Nacional</i> | 527 |
| B. <i>Funciones del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales</i> | 529 |
| C. <i>Funciones de los órganos que ejercen el Poder Ciudadano</i> | 530 |
| D. <i>Funciones de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo</i> | 530 |
| E. <i>Funciones de los órganos que ejercen el Poder Electoral: el Consejo Nacional Electoral</i> | 531 |
| 5. <i>El principio del carácter interfuncional de los actos estatales: La distinción entre las funciones y actos estatales</i> | 532 |
| 6. <i>Los diversos actos estatales</i> | 533 |
| V. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA PRESIDENCIAL DE GOBIERNO: LA ASAMBLEA NACIONAL (PODER LEGISLATIVO) Y LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (PODER EJECUTIVO) | 537 |
| 1. <i>El régimen de la Asamblea Nacional</i> | 538 |
| A. <i>La organización unicameral</i> | 538 |
| B. <i>Composición y duración</i> | 539 |
| C. <i>Régimen de los diputados</i> | 540 |
| D. <i>La organización de la Asamblea</i> | 542 |
| E. <i>Las sesiones de la Asamblea y el quórum</i> | 543 |
| F. <i>Los instrumentos parlamentarios de control político y administrativo</i> | 543 |
| G. <i>La obligación de comparecencia ante el Parlamento</i> | 544 |
| 2. <i>El régimen del Presidente de la Republica y de los demás órganos del poder ejecutivo nacional</i> | 546 |
| A. <i>El Presidente de la República</i> | 547 |
| a. <i>Carácter: Jefe del Estado y del Gobierno</i> | 547 |
| b. <i>Elección</i> | 547 |
| c. <i>El período constitucional y reelección</i> | 547 |

| | | |
|-----|--|-----|
| d. | <i>La toma de posesión</i> | 548 |
| e. | <i>La responsabilidad y obligaciones generales</i> | 548 |
| f. | <i>Las faltas del Presidente</i> | 548 |
| g. | <i>Las ausencias del territorio nacional</i> | 549 |
| h. | <i>Atribuciones constitucionales del Presidente de la República</i> | 549 |
| B. | <i>El Vicepresidente Ejecutivo</i> | 550 |
| a. | <i>Las atribuciones del Vicepresidente</i> | 551 |
| b. | <i>El voto de censura parlamentario al Vicepresidente y sus efectos</i> | 552 |
| C. | <i>Los Ministros</i> | 552 |
| D. | <i>El Consejo de Ministros</i> | 553 |
| E. | <i>El Consejo Federal de Gobierno</i> | 554 |
| F. | <i>El Consejo de Estado</i> | 555 |
| G. | <i>Los Ministros y la Asamblea Nacional</i> | 555 |
| VI. | LAS FORMAS CONSTITUCIONALES DE TERMINACIÓN DEL MANDATO DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA | 556 |
| 1. | <i>Las diversas formas de terminación del mandato presidencial</i> | 556 |
| A. | <i>El vencimiento del período constitucional</i> | 556 |
| B. | <i>La falta absoluta del Presidente de la República</i> | 557 |
| a. | <i>El sometimiento a enjuiciamiento penal</i> | 557 |
| b. | <i>El abandono del cargo: la conversión de una falta temporal en falta absoluta</i> | 558 |
| c. | <i>La revocación popular del mandato</i> | 558 |
| d. | <i>La destitución del Presidente de la República</i> | 560 |
| e. | <i>La incapacidad del Presidente de la República</i> | 560 |
| f. | <i>La renuncia del Presidente de la República</i> | 561 |
| g. | <i>La muerte del Presidente de la República</i> | 561 |
| C. | <i>La cesación del mandato del Presidente de la República por decisión de una Asamblea Nacional Constituyente</i> | 561 |
| 2. | <i>La experiencia sobre el referendo revocatorio presidencial de 2004: o de cómo un referendo revocatorio fue inconstitucionalmente convertido en un “referendo ratificatorio”</i> | 562 |
| A. | <i>El gobierno de mandatos revocables</i> | 563 |
| B. | <i>La petición popular para la realización del referendo revocatorio de mandatos de elección popular</i> | 564 |
| C. | <i>La ilegítima transformación por la Sala Constitucional, del referendo revocatorio de mandatos en un referendo de “ratificación” de mandatos</i> | 566 |
| D. | <i>Los efectos de la revocatoria del mandato</i> | 570 |
| E. | <i>La incertidumbre construida por la Sala Constitucional para eliminar el carácter del gobierno como de mandatos revocables</i> | 572 |

| | |
|---|-----|
| VII. EL EJERCICIO COMPARTIDO DE LA FUNCIÓN NORMATIVA | 582 |
| 1. <i>La Asamblea Nacional como cuerpo legislador: El régimen constitucional de las leyes</i> | 582 |
| A. <i>La noción de ley y sus clases</i> | 582 |
| a. <i>Las leyes y los Códigos</i> | 582 |
| b. <i>Las leyes orgánicas</i> | 582 |
| c. <i>Las leyes de delegación legislativas (leyes habilitantes)</i> | 588 |
| d. <i>Las leyes de bases</i> | 589 |
| B. <i>El procedimiento de formación de las leyes</i> | 589 |
| a. <i>La iniciativa legislativa</i> | 589 |
| b. <i>Las discusiones</i> | 589 |
| c. <i>Las consultas obligatorias y el derecho a la participación</i> | 590 |
| d. <i>Los derechos de palabra</i> | 590 |
| e. <i>Formalidades</i> | 591 |
| f. <i>La promulgación y el veto presidencial</i> | 591 |
| g. <i>El principio derogatorio y modificatorio</i> | 592 |
| C. <i>Las interferencias orgánicas</i> | 593 |
| 2. <i>Las potestades normativas del Presidente de la República: los actos ejecutivos de orden normativo</i> | 593 |
| A. <i>Los actos ejecutivos</i> | 593 |
| B. <i>Los actos normativos del Presidente de la República de rango y valor de ley: los decretos leyes</i> | 595 |
| a. <i>Los decretos con rango y valor de ley: decretos-leyes delegados</i> | 595 |
| b. <i>Los límites a la delegación legislativa</i> | 596 |
| a'. <i>Las materias cuya legislación es delegable</i> | 596 |
| b'. <i>La limitación a la delegación derivada del régimen de limitación de los derechos humanos</i> | 597 |
| c'. <i>La obligación de consulta de los decretos leyes delegados como mecanismo de participación</i> | 598 |
| c. <i>El control de constitucionalidad de la delegación legislativa</i> | 600 |
| a'. <i>Alcance del control preventivo</i> | 600 |
| b'. <i>El control concentrado posterior de la constitucionalidad</i> | 601 |
| d. <i>La abrogación popular de la delegación legislativa</i> | 602 |
| C. <i>Los decretos con rango de ley en materia de organización administrativa</i> | 602 |
| D. <i>Los decretos de estados de excepción</i> | 604 |
| a. <i>Los estados de excepción</i> | 604 |
| b. <i>El decreto de estado de excepción</i> | 605 |

| | | |
|-------|---|-----|
| c. | <i>Medidas que pueden adoptarse en virtud del decreto de estado de excepción: el rango legal</i> | 606 |
| a'. | <i>Régimen general</i> | 606 |
| b'. | <i>La restricción de las garantías constitucionales y su obligatorio contenido normativo</i> | 607 |
| c'. | <i>La movilización</i> | 609 |
| d'. | <i>La requisición</i> | 609 |
| e'. | <i>Las medidas relativas a los artículos de primera necesidad y a los servicios públicos</i> | 610 |
| f'. | <i>Las medidas de orden presupuestarias en cuanto al gasto público</i> | 610 |
| d. | <i>El control de los decretos de estados de excepción</i> | 610 |
| a'. | <i>El control por la Asamblea Nacional</i> | 610 |
| b'. | <i>El control concentrado de constitucionalidad por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia</i> | 611 |
| c'. | <i>El control por los demás tribunales</i> | 614 |
| d'. | <i>El control por la comunidad organizada y las organizaciones públicas no estatales</i> | 615 |
| E. | <i>Los actos normativos del Presidente de la Republica de rango sublegal: los reglamentos</i> | 615 |
| a. | <i>Los reglamentos como actos administrativos de efectos generales</i> | 616 |
| b. | <i>El ámbito de la potestad reglamentaria</i> | 617 |
| c. | <i>La consulta previa obligatoria no vinculante de las normas reglamentarias</i> | 618 |
| d. | <i>Los límites a la potestad reglamentaria</i> | 620 |
| VIII. | EL EJERCICIO COMPARTIDO DE LA FUNCIÓN POLÍTICA Y ADMINISTRATIVA | 620 |
| 1. | <i>El ejercicio compartido de la función política</i> | 620 |
| A. | <i>El Presidente de la República: director de la acción de gobierno y el control parlamentario</i> | 620 |
| B. | <i>La dirección de las relaciones exteriores</i> | 621 |
| C. | <i>Las iniciativas en materia de revisión constitucional</i> | 621 |
| D. | <i>Las iniciativas en materia de referendos</i> | 621 |
| E. | <i>Los actos en materia militar</i> | 622 |
| F. | <i>Los actos en relación con la Asamblea Nacional</i> | 622 |
| G. | <i>Los actos en materia de indulto</i> | 623 |
| H. | <i>La formulación del Plan Nacional de Desarrollo</i> | 623 |
| 2. | <i>El ejercicio compartido de la función administrativa</i> | 623 |

- A. *El Presidente de la república: director de la Administración Pública* 623
- B. *Las atribuciones del Presidente de la República en la designación y remoción de funcionarios* 623
- C. *Las atribuciones del Presidente en materia de contratos estatales*..... 624

CAPÍTULO VI

SOBRE EL RÉGIMEN POLÍTICO

§13. REFORMA ELECTORAL EN EL SISTEMA POLÍTICO EN VENEZUELA (1958-2006)

(San José/Ciudad de México, junio 2006)

- I. REFORMAS AL RÉGIMEN DE GOBIERNO..... 629
 - 1. *Reformas para reequilibrar las relaciones entre Ejecutivo y Legislativo*..... 630
 - A. *Facultades legislativas del Presidente:*..... 630
 - a. *Poder y veto de la legislación*..... 630
 - b. *Emisión de decretos leyes*..... 631
 - c. *La iniciativa legislativa* 631
 - d. *Definición del presupuesto* 631
 - e. *Convocatoria a referendo o plebiscito* 632
 - B. *Poderes presidenciales no legislativos*..... 632
 - a. *Formación del gabinete*..... 632
 - b. *Destitución de ministros* 633
 - c. *Voto de censura al Vicepresidente y a los ministros* 633
 - C. *Poderes de control del poder legislativo sobre el presidente:*..... 633
 - a. *El derecho de palabra en la Asamblea*..... 634
 - b. *Las interpelaciones y la obligación de comparecencia ante la Asamblea* 634
 - c. *Mensajes y memorias ante la Asamblea* 634
 - d. *Poderes parlamentarios de investigación*..... 634
 - e. *Poderes relativos al nombramiento y destitución de miembros del gabinete* 635
 - 2. *Instituciones de rendición de cuentas* 635
 - 3. *El acentuado militarismo* 637
- II. REFORMAS AL SISTEMA ELECTORAL 638
 - 1. *El órgano electoral* 638
 - 2. *Elección presidencial*..... 639
 - A. *Sistema de elección* 639
 - B. *Reelección presidencial*..... 640

| | |
|---|-----|
| C. Duración del mandato presidencial:..... | 640 |
| D. Elecciones. | 640 |
| 3. Elección legislativa..... | 641 |
| A. Funciones claves del sistema electoral..... | 641 |
| B. Sistema electoral utilizado en los órganos legislativos:..... | 641 |
| 4. Reformas a instituciones de democracia directa..... | 643 |
| A. Consulta popular..... | 644 |
| B. Iniciativa popular..... | 644 |
| C. Cabildos abiertos..... | 645 |
| D. Las Asambleas de ciudadanos..... | 645 |
| II. REFORMAS AL SISTEMA DE PARTIDOS POLÍTICOS..... | 646 |
| 1. Democratización interna..... | 646 |
| A. Los principios constitucionales..... | 646 |
| B. Mecanismos de elección de autoridades internas:..... | 646 |
| 2. Financiamiento de los partidos políticos..... | 647 |
| A. Tipo de sistema de financiamiento:..... | 647 |
| B. Barreras legales para la obtención de financiamiento:..... | 647 |
| C. Prohibición a contribuciones provenientes de ciertas fuentes:..... | 648 |
| D. El control del financiamiento..... | 648 |
| E. Sanciones existentes y aplicación en la práctica:..... | 648 |
| 3. Discriminación positiva..... | 649 |
| A. Género..... | 649 |
| B. Otras poblaciones y minorías:..... | 649 |
| 4. Otras formas de participación política..... | 649 |
| III. APRECIACIÓN GENERAL..... | 650 |

§14. REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN VENEZUELA

(San José/Ciudad de México, enero 2007)

| | |
|--|-----|
| I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN SOBRE PARTIDOS POLÍTICOS..... | 655 |
| II. UBICACIÓN DEL TEMA DE PARTIDOS POLÍTICOS DENTRO DE LA LEGISLACIÓN..... | 658 |
| 1. Constitución de 1999..... | 658 |
| 2. Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones (1964), Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (1998)..... | 658 |
| 3. Leyes especiales: Ley Orgánica del Poder Electoral..... | 659 |

| | |
|---|-----|
| III. OTROS PODERES U ÓRGANOS DEL ESTADO QUE PUEDEN RESOLVER SOBRE EL TEMA..... | 659 |
| 1. <i>El Poder Electoral</i> | 659 |
| 2. <i>La Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia</i> | 659 |
| IV. PARTIDOS POLÍTICOS | 660 |
| 1. <i>Concepto: en la Constitución; en la ley; en la jurisprudencia</i> | 660 |
| 2. <i>En la Ley de Partidos Políticos</i> | 662 |
| 3. <i>Naturaleza jurídica: en la Constitución; en la ley; en la jurisprudencia</i> | 664 |
| 4. <i>Constitución y / o formación de los partidos políticos: libertad amplia; restricciones; regulaciones especiales</i> | 666 |
| V. REQUISITOS PARA LA CONSTITUCIÓN/ FORMACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS A NIVEL REGIONAL | 667 |
| 1. <i>La solicitud de inscripción</i> | 667 |
| 2. <i>La publicación y la impugnación de nombres</i> | 668 |
| 3. <i>La devolución de la solicitud</i> | 668 |
| 4. <i>La objeción del Ministerio de Relaciones Interiores</i> | 669 |
| 5. <i>La inscripción</i> | 669 |
| 6. <i>La negativa de inscripción</i> | 669 |
| 7. <i>La renovación de la nómina</i> | 670 |
| VI. REQUISITOS PARA LA CONSTITUCIÓN/ FORMACIÓN DE PARTIDOS A NIVEL NACIONAL..... | 670 |
| 1. <i>La solicitud de inscripción</i> | 670 |
| 2. <i>La publicación y la oposición</i> | 671 |
| 3. <i>La objeción del Ministerio de Relaciones Interiores</i> | 671 |
| 4. <i>La inscripción</i> | 672 |
| 5. <i>La negativa de inscripción</i> | 672 |
| 6. <i>La constitución de seccionales regionales</i> | 672 |
| 7. <i>La renovación de la nómina</i> | 673 |
| VII. ESTRUCTURA INTERNA DE LOS PARTIDOS | 673 |
| VIII. DEMOCRACIA INTERNA, DERECHO DE PARTICIPACIÓN..... | 673 |
| IX. TRATAMIENTO DEL TEMA DE GÉNERO | 674 |
| X. NORMAS CON RELACIÓN A OTROS GRUPOS AFILIADOS A LOS PARTIDOS POLÍTICOS | 676 |
| XI. FINANCIAMIENTO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS | 676 |
| 1. <i>Prohibición del financiamiento público</i> | 676 |
| 2. <i>Financiamiento privado y su control</i> | 677 |
| 3. <i>Sanciones</i> | 678 |

| | |
|--|-----|
| XII. COALICIONES, FUSIONES Y ALIANZAS..... | 678 |
| XIII. EXTINCIÓN/ CANCELACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS: CAUSAS | 679 |
| 1. <i>La cancelación del registro de los partidos políticos</i> | 679 |
| 2. <i>La disolución de los partidos políticos</i> | 680 |
| XIV. OTRAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA | 680 |
| XV. ÓRGANO DEL ESTADO ENCARGADO DE LLEVAR EL CONTROL DE LAS ORGANIZACIONES POLÍTICAS: EL PODER ELECTORAL..... | 681 |
| 1. <i>Atribuciones</i> | 681 |
| 2. <i>Designación</i> | 682 |
| 3. <i>Independencia, autonomía y despartidización</i> | 683 |
| 4. <i>El control específico sobre los partidos políticos</i> | 684 |
| XVI. AFILIACIÓN A ORGANIZACIONES INTERNACIONALES | 685 |
| XVII. EVALUACIÓN..... | 686 |
| XVIII. REFORMAS PLANTEADAS EN LA ACTUALIDAD Y TENDENCIA..... | 686 |

CAPÍTULO VII

SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

§15. ASPECTOS DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL PERÚ Y VENEZUELA

(Lima, Perú, julio 2005)

| | |
|---|-----|
| I. EL CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y DEMÁS ACTOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS EN UN SISTEMA MIXTO E INTEGRAL: PERÚ Y VENEZUELA | 689 |
| II. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y DE- MÁS ACTOS ESTATALES DE RANGO LEGAL | 691 |
| 1. <i>El objeto del control de constitucionalidad</i> | 691 |
| 2. <i>El contraste respecto de la legitimación para accionar en los sistemas peruano y venezolano</i> | 693 |
| 3. <i>Lineamientos generales sobre el proceso de constitucionalidad</i> | 695 |
| III. LA ACCIÓN POPULAR DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS RE- GLAMENTOS Y DEMÁS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE EFECTOS GENERALES (NORMATIVOS)..... | 697 |
| IV. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD | 697 |

§16. EL RECURSO ABSTRACTO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA

(Bogotá, 2006)

CAPÍTULO VIII**SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL****§17. SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN
UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA**

(Santo Domingo, República Dominicana, julio 2006)

**§18. LOS SISTEMAS PARA LA REFORMA CONSTITUCIONAL
EN AMÉRICA LATINA**

(Speyer/Alemania, octubre 2005)

| | |
|--|-----|
| I. RIGIDEZ Y REVISIÓN CONSTITUCIONAL | 715 |
| II. SISTEMAS DE REFORMAS CONSTITUCIONALES | 720 |
| III. LOS LÍMITES AL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD | 721 |
| IV. APRECIACIÓN FINAL..... | 727 |

**§19. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA
Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

(Bogotá/Colombia, junio 2005)

| | |
|---|-----|
| I. RIGIDEZ Y REVISIÓN CONSTITUCIONAL | 731 |
| 1. <i>La revisión constitucional entre el derecho y los hechos</i> | 731 |
| 2. <i>La constitucionalización del poder constituyente derivado y sus conse-</i> <i>cuencias</i> | 734 |
| II. EL PODER DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL ATRIBUIDO AL PUE- BLO SOBERANO..... | 737 |
| 1. <i>La revisión constitucional ejercida exclusivamente por el pueblo: el caso</i> <i>de Uruguay</i> | 737 |
| A. <i>Iniciativa mediante proyectos de reforma constitucional</i> | 738 |
| B. <i>Iniciativa mediante leyes constitucionales</i> | 738 |
| 2. <i>La revisión constitucional ejercida por el pueblo (en forma no exclusiva)</i> <i>como alternativa entre otros procedimientos</i> | 740 |
| A. <i>El referendo constitucional y su excepción en el Perú</i> | 740 |
| B. <i>El referendo aprobatorio de reformas constitucionales en Colombia</i> | 740 |
| C. <i>El referendo aprobatorio de las enmiendas y reformas constitucio-</i> <i>nales en Venezuela</i> | 741 |
| D. <i>El referendo aprobatorio de las enmiendas constitucionales en Pa-</i> <i>raguay</i> | 743 |
| E. <i>El referendo aprobatorio de reformas constitucionales sobre cues-</i> <i>tionales fundamentales en Cuba</i> | 743 |

| | | |
|------|--|-----|
| F. | <i>La aprobación popular de reformas constitucionales en determinadas cuestiones constitucionales en Guatemala</i> | 744 |
| G. | <i>El plebiscito aprobatorio de reformas constitucionales en caso de desacuerdo entre los poderes del Estado en Chile</i> | 744 |
| H. | <i>La consulta popular de aprobación de reformas constitucionales en caso de urgencia o de abstención del Congreso en Ecuador</i> | 745 |
| I. | <i>La aprobación popular de reformas constitucionales en caso de desacuerdo entre dos legislaturas en Panamá</i> | 745 |
| J. | <i>La aprobación por referendo en las reformas parciales por acuerdo de la Asamblea Legislativa en Costa Rica</i> | 746 |
| III. | EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO ATRIBUIDO A ÓRGANOS CONSTITUIDOS DEL ESTADO | 746 |
| 1. | <i>El poder de revisión constitucional ejercido por una Asamblea o Convención Constituyente</i> | 747 |
| A. | <i>La revisión constitucional ejercida exclusivamente por una Asamblea o Convención Constituyente</i> | 747 |
| a. | <i>La Asamblea Constituyente con competencia exclusiva en toda reforma constitucional: La Convención Constituyente de Argentina</i> | 747 |
| b. | <i>La Asamblea Constituyente con competencia exclusiva para reformas constitucionales (distintas a las enmiendas)</i> | 747 |
| a'. | <i>La Asamblea Constituyente en Bolivia</i> | 747 |
| b'. | <i>La Asamblea Constituyente de Costa Rica para las reformas generales</i> | 748 |
| c'. | <i>La Convención Nacional Constituyente de Paraguay para las reformas constitucionales</i> | 748 |
| d'. | <i>La Asamblea Nacional Constituyente para la reforma total de la Constitución en Nicaragua</i> | 748 |
| c. | <i>La Asamblea Constituyente con competencia exclusiva en determinadas materias de reformas constitucionales</i> | 749 |
| a'. | <i>La Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala</i> | 749 |
| b'. | <i>La Asamblea Nacional Constituyente en Venezuela para transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico</i> | 750 |
| B. | <i>La Asamblea Constituyente con competencia (no exclusiva) alternativa entre otros procedimientos de revisión constitucional: la Asamblea Constituyente en Colombia</i> | 751 |
| 2. | <i>El poder de revisión constitucional ejercido por los órganos del poder legislativo del Estado</i> | 751 |
| A. | <i>La revisión constitucional ejercida exclusivamente por el órgano del Poder Legislativo</i> | 752 |

| | | |
|-----|--|-----|
| a. | <i>La competencia exclusiva del órgano legislativo nacional</i> | 752 |
| a'. | <i>La reforma constitucional por la Asamblea Legislativa en El Salvador</i> | 752 |
| b'. | <i>La reforma constitucional por el Congreso Nacional en la República Dominicana</i> | 752 |
| c'. | <i>La enmienda constitucional por el Congreso Nacional en Brasil</i> | 752 |
| b. | <i>La competencia exclusiva de los órganos del Poder Legislativo Federal y de los poderes legislativos estatales (sub nacionales): México</i> | 753 |
| B. | <i>La competencia (no exclusiva) del órgano del Poder Legislativo en materia de reforma constitucional como alternativa entre otros procedimientos de revisión</i> | 753 |
| a. | <i>La aprobación por el órgano legislativo como alternativa con el referendo o la consulta popular</i> | 753 |
| a'. | <i>La reforma constitucional por la Asamblea Legislativa en Panamá</i> | 753 |
| b'. | <i>Las reformas constitucionales por la Asamblea del Poder Popular en Cuba</i> | 754 |
| c'. | <i>Las reformas constitucionales por el Congreso Nacional en Chile</i> | 754 |
| d'. | <i>Las reformas constitucionales por el Congreso Nacional en Ecuador</i> | 755 |
| e'. | <i>Las reformas constitucionales parciales por la Asamblea Nacional en Nicaragua</i> | 756 |
| b. | <i>La aprobación por el órgano legislativo como alternativa con el la Asamblea Constituyente o con referendo</i> | 756 |
| a'. | <i>La enmienda constitucional por las Cámaras Legislativas en Bolivia</i> | 756 |
| b'. | <i>La reforma de la Constitución por Acto Legislativo en Colombia</i> | 757 |
| c'. | <i>Las reformas parciales por la Asamblea Legislativa en Costa Rica</i> | 757 |
| IV. | LOS LÍMITES AL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD | 758 |
| 1. | <i>Los límites adjetivos constitucionales</i> | 758 |
| 2. | <i>Los límites derivados de las cláusulas pétreas</i> | 760 |
| 3. | <i>Los límites derivados del funcionamiento de los poderes constituidos del Estado</i> | 762 |
| 4. | <i>Los límites derivados de la existencia de circunstancias extraordinarias</i> | 764 |
| 5. | <i>Los límites temporales</i> | 765 |
| | APRECIACIÓN FINAL | 765 |

**§20. EL INICIO DEL PROCESO CONSTITUYENTE EN ECUADOR
EN 2007 Y LAS LECCIONES DE LA EXPERIENCIA
VENEZOLANA DE 1999**

(Quito/Ecuador, abril 2007)

| | |
|--|-----|
| INTRODUCCIÓN..... | 767 |
| I. LAS VICISITUDES POLÍTICAS Y JURÍDICAS EN LOS INICIOS DEL PROCESO CONSTITUYENTE EN ECUADOR EN 2007 | 770 |
| 1. <i>El Decreto presidencial n° 2 de 15 de enero de 2007 de convocatoria a una consulta popular sobre la Asamblea Constituyente</i> | 770 |
| 2. <i>La sumisión del Decreto Presidencial al Tribunal Supremo Electoral</i> | 773 |
| 3. <i>La remisión del Decreto Presidencial al Congreso por parte del Tribunal Supremo Electoral</i> | 773 |
| 4. <i>La decisión del Congreso</i> | 775 |
| 5. <i>El debate sobre la decisión a cargo del Tribunal Supremo Electoral</i> | 776 |
| 6. <i>El nuevo decreto presidencial y la decisión del Tribunal Supremo Elec- toral de convocar la consulta popular</i> | 777 |
| 7. <i>La reacción del Congreso contra el Tribunal Supremo Electoral: remo- ción del Presidente del Tribunal Supremo Electoral</i> | 778 |
| 8. <i>La demanda e inconstitucionalidad de la convocatoria a consulta popu- lar presentada por el Congreso ante el Tribunal Constitucional</i> | 779 |
| 9. <i>La reacción del Tribunal Supremo Electoral contra el Congreso: la re- moción de 57 congresistas</i> | 780 |
| 10. <i>La reacción de los congresistas: las acciones de amparo intentadas co- ntra la decisión del Tribunal Supremo Electoral</i> | 781 |
| 11. <i>La ausencia de decisión del Tribunal Constitucional y las cuestiones de interpretación constitucional que quedaron pendientes después de apro- bada la convocatoria sometida a consulta popular</i> | 783 |
| II. ASPECTOS MEDULARES DEL PROCESO CONSTITUYENTE DE VE- NEZUELA DE 1999..... | 785 |
| 1. <i>La crisis del sistema de partidos y la necesidad de recomponer el siste- ma político</i> | 785 |
| 2. <i>Las exigencias democráticas del proceso constituyente y su fracaso</i> | 787 |
| 3. <i>La propuesta constituyente en 1999 y sus escollos constitucionales</i> | 788 |
| 4. <i>El referendo consultivo de abril de 1999 y la elección de la Asamblea Constituyente</i> | 790 |
| 5. <i>El golpe de Estado constituyente</i> | 791 |
| 6. <i>La elaboración de la Constitución y la ausencia de participación ciuda- dana</i> | 793 |
| 7. <i>El proceso constituyente de 1999 como instrumento de asalto al poder</i> | 795 |
| 8. <i>El perfeccionamiento de la democracia como tarea pendiente</i> | 797 |

| | |
|--|-----|
| III. LAS SECUELAS DEL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999 Y EL AUTORITARISMO DE 2007 | 798 |
| 1. <i>La concentración del poder y el ahogamiento de la democracia repre- sentativa</i> | 798 |
| 2. <i>El autoritarismo popular y el fraude a la democracia</i> | 799 |
| 3. <i>El desmantelamiento de la democracia representativa y el proceso auto- ritario</i> | 803 |
| ÍNDICE | 807 |