

serie **Derecho
Administrativo**

7

**Reforma constitucional, Asamblea
Constituyente y control judicial:
Honduras (2009), Ecuador (2007)
y Venezuela (1999)**

Allan R. Brewer-Carías

Universidad
Externado
de Colombia

Serie de Derecho Administrativo N.º 7

Reforma constitucional,
Asamblea Constituyente y control judicial:
Honduras (2009), Ecuador (2007)
y Venezuela (1999)

Allan R. Brewer-Carías

**Reforma constitucional,
Asamblea Constituyente
y control judicial:
Honduras (2009), Ecuador
(2007) y Venezuela (1999)**

Universidad Externado de Colombia

ISBN 978-958-710-436-3

© 2009, ALLAN R. BREWER-CARÍAS
© 2009, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: agosto de 2009

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Composición: David Alba
Impresión y encuadernación: Digiprint Editores EU
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	11
REFORMA CONSTITUCIONAL, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y CONTROL JUDICIAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: EL CASO DE HONDURAS (2009) Y EL ANTECEDENTE VENEZOLANO (1999)	13
I. Reformas constitucionales y cláusulas pétreas	13
II. El antecedente venezolano en 1999 de la consulta popular sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente no prevista en la Constitución y la ambigua interpretación judicial por la jurisdicción contenciosa-administrativa	23
III. La propuesta del Presidente de la República de Honduras en 2009 para la realización de una consulta popular sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente y su suspensión por la jurisdicción contenciosa-administrativa	39
A. El Decreto Ejecutivo PCM-05-2009, de marzo de 2009, que convoca a una consulta popular sobre una Asamblea Nacional Constituyente y su impugnación en vía contenciosa-administrativa	40
B. La suspensión de efectos del Decreto Ejecutivo PCM-05-2009, del 23 de marzo de 2009, decretada por el juez contencioso-administrativo	42
C. La “reedición” del acto administrativo impugnado mediante Decreto Ejecutivo PCM-19-2009, de mayo de 2009, convocando a una “encuesta nacional de opinión” sobre una Asamblea Nacional Constituyente	45

D.	La aclaratoria de la sentencia del juez contencioso-administrativo de suspensión de efectos del decreto presidencial impugnado	49
E.	La inadmisibilidad de la acción de amparo intentada por el Presidente de la República contra la decisión del juez contencioso-administrativo suspendiendo los efectos de sus decretos sobre la convocatoria de una Constituyente	50
F.	La conminación judicial al Presidente de la República para que acatará las decisiones de la jurisdicción contenciosa-administrativa	52
IV.	El desacato presidencial a las decisiones de la jurisdicción contenciosa-administrativa y sus consecuencias	53
A.	El desacato presidencial a las órdenes judiciales y el decomiso del material destinado a la realización de la encuesta de opinión	54
B.	La destitución del Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas por el Presidente de la República, por cumplir lo ordenado por la jurisdicción contenciosa-administrativa, y la suspensión de los efectos del acto de destitución por la Sala Constitucional de la Corte Suprema	56
C.	La vía de hecho presidencial y el nuevo desacato a las órdenes judiciales	57
D.	La acusación fiscal contra el Presidente de la República por diversos delitos	58
V.	El juez contencioso-administrativo como juez constitucional y la defensa de la democracia	64
	EL INICIO DEL PROCESO CONSTITUYENTE EN ECUADOR EN 2007 Y LAS LECCIONES DE LA EXPERIENCIA VENEZOLANA DE 1999	75
	INTRODUCCIÓN	75
I.	Las vicisitudes políticas y jurídicas en los inicios del proceso constituyente en Ecuador en 2007	81
A.	El decreto presidencial n.º 2 del 15 de enero de 2007 de convocatoria a una consulta popular sobre la Asamblea Constituyente	81
1.	La sumisión del decreto presidencial al Tribunal Supremo Electoral	85

2. La remisión del decreto presidencial al Congreso por parte del Tribunal Supremo Electoral	86
3. La decisión del Congreso	90
4. El debate sobre la decisión a cargo del Tribunal Supremo Electoral	92
5. El nuevo decreto presidencial y la decisión del Tribunal Supremo Electoral de convocar la consulta popular	93
6. La reacción del Congreso contra el Tribunal Supremo Electoral: remoción del presidente del Tribunal Supremo Electoral	95
7. La demanda e inconstitucionalidad de la convocatoria a consulta popular presentada por el Congreso ante el Tribunal Constitucional	96
8. La reacción del Tribunal Supremo Electoral contra el Congreso: la remoción de 57 congresistas	98
9. La reacción de los congresistas: las acciones de amparo intentadas contra la decisión del Tribunal Supremo Electoral	101
10. 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	104
II. Aspectos medulares del proceso constituyente de Venezuela de 1999	108
A. La crisis del sistema de partidos y la necesidad de recomponer el sistema político	108
B. Las exigencias democráticas del proceso constituyente y su fracaso	110
C. La propuesta constituyente en 1999 y sus escollos constitucionales	113
D. El referendo consultivo de abril de 1999 y la elección de la Asamblea Constituyente	117
E. El golpe de Estado constituyente	119
F. La elaboración de la Constitución y la ausencia de participación ciudadana	121
G. El proceso constituyente de 1999 como instrumento de asalto al poder	125
H. El perfeccionamiento de la democracia como tarea pendiente	129

III. Las secuelas del proceso constituyente de 1999 y el autoritarismo de 2007	131
A. La concentración del poder y el ahogamiento de la democracia representativa	131
B. El autoritarismo popular y el fraude a la democracia	133
C. El desmantelamiento de la democracia representativa y el proceso autoritario	139

PRESENTACIÓN

Para la Universidad Externado de Colombia es motivo de orgullo y satisfacción, como aporte al debate académico y a la precisión conceptual de la problemática vivencial del derecho administrativo de nuestros días, presentar la nueva obra del profesor ALLAN BREWER-CARIÁS, que bajo el título de *Reforma constitucional, Asamblea Constituyente y control judicial. Honduras (2009), Ecuador (2007) y Venezuela (1999)* aborda, con el rigor del investigador y analista académico y desde la perspectiva del pensador democrático, el papel de la jurisdicción contenciosa y del derecho administrativo en la crisis continental. El trabajo puesto a consideración de los estudiosos de la disciplina administrativa nos invita a reflexionar mucho más allá de la simple presentación periódica y del análisis superficial de la suerte de la democracia en América Latina; en este sentido, constituye un importante documento de profundo valor en la lucha por la preservación de las instituciones constitucionales y del control de la jurisdicción contenciosa como instrumento fundamental en aras de estos propósitos. Invitamos a los lectores de la colección de la Serie de Derecho Administrativo que este departamento viene promoviendo de años atrás a que se deleiten intelectualmente con el contenido de esta obra.

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Director
Departamento de Derecho Administrativo
Universidad Externado de Colombia

**REFORMA CONSTITUCIONAL, ASAMBLEA NACIONAL
CONSTITUYENTE Y CONTROL JUDICIAL
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO:
EL CASO DE HONDURAS (2009)
Y EL ANTECEDENTE VENEZOLANO (1999)***

I. REFORMAS CONSTITUCIONALES
Y CLÁUSULAS PÉTREAS

Los mecanismos para la reforma de la Constitución en una sociedad democrática constituyen una de las piezas esenciales del Estado constitucional, del Estado de derecho y de la democracia constitucional¹, pues al ser establecidos en la propia Constitución, puede decirse que la soberanía popular queda perfectamente juridificada; es decir, sujeta a limitaciones en cuanto a su manifestación, impuestas no

* Trabajo escrito para el *Libro homenaje al profesor Juan Carlos Cajarville*, Montevideo, Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo.

ALLAN R. BREWER-CARÍAS es profesor de la Universidad Central de Venezuela. Adjunct Professor of Law, Columbia Law School (2006-2007). Fue miembro de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999.

1 Véase lo expuesto en ALLAN R. BREWER-CARÍAS. "La reforma constitucional en una sociedad democrática" (conferencia dictada en el acto de presentación del libro *Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Iberoamérica*, Senado de la República Dominicana, Santo Domingo, 12 de julio de 2006), en *Estudios sobre el Estado constitucional (2005-2006)*, Caracas, Jurídica Venezolana, 2007, pp. 709-712. Véase también en [www.allanbrewercarias.com], sección 1, 1, 943 (2006).

sólo a los órganos del Estado mismo, sino al funcionamiento de la propia democracia y a la manifestación de dicha soberanía popular.

Por ello, aunque en la generalidad de las constituciones, como ocurre, por ejemplo, en la de Honduras, se proclama que “la soberanía corresponde al pueblo del cual emanan todos los poderes del Estado”, le imponen al propio pueblo, en su ejercicio, la observancia de las propias disposiciones constitucionales. Como dice el artículo 2.º de la Constitución de Honduras: si bien del pueblo “emanan todos los poderes del Estado”, éstos sólo “se ejercen por representación”.

De esta forma, en las constituciones se ha dotado a la soberanía popular 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 soberano y, como tal, es el que ha juridificado, al adoptar la Constitución, el ejercicio de su propia soberanía, otorgando además a la misma carácter supremo. En el Estado constitucional, por tanto, es el pueblo el que se autolimita mediante la Constitución adoptada como norma suprema para ejercer la soberanía; de manera que la Constitución normativiza su ejercicio.

Pero sin duda, la soberanía, a pesar de ser dotada en las constituciones de ese carácter jurídico, en definitiva resulta ser 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 es cambiante el juego de las relaciones sociales y políticas.

La clave del éxito de las constituciones, como normas dotadas de supremacía, en cualquier sociedad democrática es,

precisamente, llegar a ser el resultado del consenso o de un pacto de toda una sociedad –y no de voluntades circunstanciales– y, además, poder prever en sus normas tanto la forma de materialización de los cambios constitucionales como los mecanismos que permitan garantizar, en su momento, que la voluntad popular no vaya a ser suplantada.

Por eso, la normativización de la soberanía popular, más que una limitación impuesta por el propio pueblo a su manifestación, es una garantía para que pueda asegurársele al pueblo la libre determinación de decidir su futuro. Es por esto por lo 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 como las que están precisamente en el artículo 373 de la Constitución de Honduras donde se precisa que una reforma constitucional sólo puede aprobarse cuando dos legislaturas diferentes y subsecuentes la aprueben mediante voto calificado.

En general, por tanto, los procedimientos para la reforma constitucional establecidos en las constituciones constituyen una limitación adjetiva, autoimpuesta, para asegurar la manifestación de la voluntad popular; lo que no excluye, sin embargo, 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 374 de la Constitución de Honduras dispone que no son reformables 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 todo caso, los mecanismos de reforma constitucional deben ser regulados en las constituciones en forma tal que asegurando la manifestación de la voluntad popular (que en el caso de Honduras sólo es por medio de sus representantes) permitan, a la vez, que se realicen los cambios necesarios que exige cualquier 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, prescribiendo los mecanismos para la reforma constitucional como límites a los poderes constituidos y al propio pueblo; y por otra parte, 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, en la forma prescrita en ella misma.

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 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 éste puede expresarse al margen de la Constitución. De 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 como 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 autolimitación del poder constituyente el cual fija en el texto constitucional los mecanismos de actuación de ese poder de revisión. Por ello el artículo 375 de la Constitución de Honduras declara enfáticamente que ella en caso alguno pierde su vigencia ni deja de cumplirse “cuando fuere modificada por cualquier otro medio y procedimiento distintos del que ella mismo dispone”.

Lo importante para destacar, en todo caso, es que esta juridificación o fijación jurídica no implica que la soberanía nacional, como poder constituyente, desaparezca. En realidad puede decirse que por la propia autolimitación constitucionalmente establecida, una vez regulado el poder constituyente en la Constitución, entra en un estado latente pero teniendo siempre la posibilidad de manifestarse cuando sea requerido, conforme al procedimiento que el mismo pueblo ha instituido en el texto constitucional.

Por ello la importancia que tiene para el Estado constitucional democrático de derecho el 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 en unas circunstancias determinados el orden político y jurídico apropiado para sus fines esenciales. De allí la posibilidad misma de plantear el mecanismo constitucional de la Asamblea Constituyente para la reforma de la Constitución, pero para ello, obviamente, el mismo tiene que ser previamente juridificado.

En todo caso, el procedimiento constitucionalmente establecido para la reforma constitucional, cualquiera que éste sea, debe garantizar la manifestación democrática de la voluntad popular en el marco constitucional, y evitar 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; como tampoco perdura nada que pretenda basarse en la imposición de la voluntad de una facción de la sociedad aplastando o excluyendo a las otras.

Una reforma constitucional, por tanto, para que perdure, tiene que ser por sobre todo 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 que 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 conseguir que éstas 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.

En el caso de Honduras, la Carta Política es de los pocos textos constitucionales latinoamericanos que establecen mecanismos relativamente sencillos para su reforma, excluyendo la intervención del pueblo en este procedimiento; al contrario, en la mayoría de los países latinoamericanos se requiere expresamente que las reformas se aprueben por referendo. En efecto, en Honduras, de acuerdo con el artículo 373 de la Constitución, la adopción de las reformas constitucionales corresponde al Congreso, como cuerpo de la representación del pueblo, al cual éste le asignó el carácter de poder constituyente derivado, pudiendo en tal carácter decretar dichas reformas en sesiones ordinarias, aun cuando con el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros. Ese es el primer elemento de rigidez constitucional que se establece en la Constitución, seguido

de otro y es que las reformas adoptadas sólo pueden entrar en vigencia una vez que sean ratificadas por la subsiguiente legislatura ordinaria, por igual número de votos. En consecuencia, en Honduras no hay otro mecanismo para reformar la Constitución que no sea el Congreso mediante el procedimiento especial mencionado, lo que implica la necesidad de lograr consensos entre los representantes del pueblo, mediante voto calificado, ni siquiera una sola vez, sino dos veces: primero por el Congreso que sancionó inicialmente la reforma, y segundo, por el nuevo Congreso electo subsecuentemente.

Esta forma relativamente sencilla del procedimiento de reforma constitucional tiene como contrapartida la inclusión en la Constitución de una sustancial cláusula pétrea referida a diversos aspectos constitucionales sustantivos que no pueden reformarse en la forma prevista. Es el caso mencionado del artículo 374 de la Constitución de Honduras, el cual dispone que no son reformables mediante el mencionado procedimiento de reforma constitucional “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”.

Una norma de este tipo, como se dijo, no es frecuente en América Latina², y quizás es sólo comparable con las previsiones de la Constitución de Guatemala donde también se establece (artículo 281) que “en ningún caso podrán reformarse los artículos 140 (independencia del Estado y al

2 Véase BREWER-CARIAS. “Modelos de revisión constitucional en América Latina”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, enero-diciembre de 2003, n.º 141, Caracas, 2004, pp. 115-156; y en WALTER CARNOTA y PATRICIO MARIANELLO (dirs.). *Derechos fundamentales, derecho constitucional y procesal constitucional*, Lima, San Marcos, 2008, pp. 210-251.

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 otros países las cláusulas pétreas son más limitadas, como sucede, por ejemplo, en El Salvador, donde el artículo 248 constitucional dispone que “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 sentido similar, aun cuando sin referencia al principio de la alternabilidad, el artículo 119 de la Constitución de República Dominicana declara que “Ninguna reforma podrá versar sobre la forma de Gobierno, que deberá ser siempre civil, republicano, democrático y representativo”. 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 pétrea respecto del “sistema político, económico y social, cuyo carácter irrevocable lo establece el artículo 3.º del capítulo 1, y la prohibición de

negociar acuerdos bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera". Además, en la reforma constitucional 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.

Estas cláusulas pétreas, por otra parte, en algunas constituciones se regulan, aun cuando no en la forma tan clara y precisa de los ejemplos mencionados, sino que se deduce la forma de redacción de las propias disposiciones constitucionales, como sucede, por ejemplo, en el artículo 1.º de la Constitución de Venezuela cuando declara que la República "*es irrevocablemente libre e independiente*"; cuando el artículo 5.º declara que "*la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo*", o cuando el artículo 6.º 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*"³.

3 Sobre el principio de la alternabilidad republicana en Venezuela, véase BREWER-CARÍAS. "El juez constitucional vs. la alternabilidad republicana (la reelección continua e indefinida)", en *Revista de Derecho Público*, n.º 117, Caracas, Jurídica Venezolana, 2009, pp. 205 y ss.

Otra cláusula pétrea incluso puede identificarse como consecuencia de la previsión del principio de la progresividad en materia de derechos humanos, como lo establece el artículo 19 de la Constitución de Venezuela, lo que implica que las normas que prevén la protección constitucional de los derechos inherentes a la persona humana nunca podrían reformarse para reducir el ámbito de protección de tales derechos.

La diferencia entre las previsiones para la reforma constitucional y las cláusulas pétreas establecidas en muchas de las constituciones latinoamericanas con las establecidas en la Constitución de Honduras es que, en todo caso, en esta última está prevista la consecuencia de la violación de las normas constitucionales en la materia. Por ejemplo, en materia de limitación a la reelección presidencial que se prevé en la Constitución y a la mencionada cláusula pétrea que declara como no reformable la norma del artículo 239 que dispone que “el ciudadano que haya desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo no podrá ser Presidente o Designado”, es ella misma la que dispone la consecuencia de su violación al prever que “*El que quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos, y quedarán inhabilitados por diez años para el ejercicio de toda función pública*”.

Además, el artículo 4.º de la misma Constitución, después de declarar que “la forma de gobierno es republicana, democrática y representativa”, agrega que “la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República es obligatoria”, disponiendo que “La infracción de esta norma constituye delito de traición a la Patria”. Llega tan lejos la Constitución de Honduras en esta materia que prevé en su artículo 42.5 como una de las causales de la pérdida de “la calidad de ciudadano” el hecho de “incitar, promover o apoyar el continuismo o la reelección del Presidente de la República”.

Ese es el contexto jurídico constitucional en el cual el presidente MANUEL ZELAYA comenzó a plantear la posibilidad de proceder a convocar una Asamblea Nacional Constituyente como mecanismo de reforma no previsto ni regulado en la Constitución (entre otros aspectos para incluir la reelección indefinida del Presidente de la República), sin duda, tratando de seguir el precedente venezolano de 1999, donde forzando la realización de un “referendo consultivo” (no vinculante) sobre el mismo tema de la convocatoria de una Asamblea Constituyente, una vez realizada la consulta se puso en juego el conflicto entre soberanía popular y supremacía constitucional, tácticamente prevaleciendo la primera mediante interpretaciones constitucionales tortuosas, que dieron origen a una Asamblea Constituyente que en definitiva comenzó por dar un golpe de Estado contra la Constitución y los poderes constituidos, en nombre de la soberanía popular que asumió y usurpó.

II. EL ANTECEDENTE VENEZOLANO EN 1999

DE LA CONSULTA POPULAR SOBRE LA CONVOCATORIA
DE UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE NO PREVISTA
EN LA CONSTITUCIÓN Y LA AMBIGUA INTERPRETACIÓN
JUDICIAL POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA-ADMINISTRATIVA

En efecto, durante la campaña electoral presidencial de 1998, el entonces candidato HUGO CHÁVEZ FRÍAS propuso al electorado como su fundamental propuesta política sobre el Estado la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente para “refundar el Estado”, la cual, sin embargo, no estaba prevista en la Constitución de 1961 como un procedimiento válido para la reforma constitucional. En realidad, la Constitución sólo establecía expresamente dos mecanismos para su revisión, que eran la “enmienda” y la

“reforma general”⁴. Una Asamblea Constituyente, cuando no es producto de un golpe de Estado o de una ruptura fáctica del orden constitucional, para poder ser convocada tiene que estar regulada constitucionalmente como mecanismo para la reforma de la Constitución, como se estableció expresamente en Venezuela a partir de la Constitución de 1999⁵. En 1998, por tanto, ante la propuesta del entonces presidente electo HUGO CHÁVEZ FRÍAS sobre la Asamblea Constituyente, el problema era cómo elegirla.

Sobre ello, a comienzos de 1999, decíamos lo siguiente:

El reto que tenemos los venezolanos hacia el futuro, incluyendo el presidente electo Hugo Chávez Frías y su futuro gobierno, por tanto, no es resolver si vamos o no a tener una Asamblea Constituyente en el futuro próximo, sino cómo la vamos a realizar. Las elecciones de noviembre y diciembre de 1998 iniciaron el proceso, pero el dilema es el mismo de siempre: ¿la vamos a convocar violando la Constitución o la vamos a convocar respetando la Constitución? En el pasado, por la fuerza, siempre hemos optado por la primera vía; en el momento presente, con la globalización democrática que caracteriza al mundo contemporáneo y con el desarrollo político de nuestro propio pueblo, no habría derecho a que el nuevo gobierno y los partidos tradicionales, por su incomprensión, también nos lleven a tomar la vía del desprecio a la Constitución, precisamente, la “fulana Constitución”, como se la ha calificado recientemente.

-
- 4 Sobre estas previsiones, véase BREWER-CARIAS. “Los procedimientos de revisión constitucional en Venezuela” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n.º 134, Caracas, 1997, pp. 169-222; y en EDUARDO ROZO ACUÑA (coord.). *I Procedimenti di revisione costituzionale nel diritto comparato*, Atti del Convegno Internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza di Urbino, 23-24 aprile 1997, Università Degli Studi di Urbino, pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza e della Facoltà di Scienze Politiche, Urbino, 1999, pp. 137-181.
- 5 Véase los comentarios sobre los mecanismos de reforma de la Constitución de 1999 en BREWER-CARIAS. *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*, tomo I, Caracas, Jurídica Venezolana, 2004, pp. 157 y ss.

Las fuerzas políticas tradicionales representadas en el Congreso tienen que aceptar que el sistema político iniciado en los años cuarenta, sencillamente terminó, y tienen que entender que el precio que tienen que pagar por mantener la democracia, consecuencia de su incomprensión pasada, es reformar de inmediato la Constitución para establecer el régimen de la Asamblea Constituyente, en la cual, sin duda, nuevamente perderán cuotas de poder.

Pero las nuevas fuerzas políticas también representadas en el Congreso, y el presidente electo Hugo Chávez Frías, también tienen que entender que la Constitución no está muerta, que es el único conjunto normativo que rige a todos los venezolanos y que su violación por la cúpula del poder lo único que lograría sería abrir el camino a la anarquía.

Los venezolanos de comienzos del siglo *xxi* no nos merecemos una ruptura constitucional y tenemos que exigir que la inevitable y necesaria Asamblea Constituyente se convoque y elija lo más pronto posible, pero mediante un régimen establecido constitucionalmente, pues no hay otra forma que no sea mediante una reforma de la Constitución para establecer la forma de la Asamblea (unicameral o no), el número de sus integrantes, las condiciones y forma de su elección y postulación (uninominal o no) su rol democrático y su relación con los principios republicanos y de la democracia representativa, incluyendo, la separación de los poderes públicos.

Ninguna otra autoridad o poder del Estado puede establecer ese régimen y menos aún puede ser el resultado de una consulta popular o referéndum consultivo. Este, para lo único que sirve es para obtener un mandato popular que habría que actualizar constitucionalmente, mediante una reforma del Texto Fundamental. De lo contrario sería como si se pretendiera establecer la pena de muerte, prohibida en el artículo 51 de la Constitución, mediante un simple "referéndum consultivo". Si éste se realizase, lo único que significaría sería la expresión de una voluntad popular que habría de plasmarse en la reforma constitucional del artículo 51 de la Constitución, pero no

podría nunca considerarse, en sí mismo, como una reforma a la Constitución.

Lo mismo sucede con el tema de la Asamblea Constituyente: la elección de Hugo Chávez Frías puede considerarse como la expresión de una voluntad popular pro constituyente que debe plasmarse en la Constitución mediante su reforma específica. Por ello, si el 23 de enero próximo el Congreso inicia la reforma específica de la Constitución para establecer el régimen de la Constituyente, para cuando se realice el referéndum consultivo prometido por el Presidente electo (60 días después del 15 de febrero, es decir, el 15 de abril) podría en realidad realizarse el referéndum aprobatorio de la reforma constitucional que regule la Constituyente y procederse a su convocatoria.

Esta es una fórmula para resolver el tema de la constitucionalización de la Asamblea Constituyente, la cual es indispensable para poder convocarla democráticamente, es decir, en el marco de la Constitución, conforme a la cual fue electo presidente Hugo Chávez Frías y se juramentará próximamente en su cargo.⁶

Por tanto, a comienzos de 1999, aún bajo la vigencia de la Constitución de 1961, la única forma de poder convocar una Asamblea Constituyente en Venezuela era reformando la Constitución para regularla, y si no se reformaba la Constitución, era si ello resultaba de alguna interpretación judicial que se hiciese de la Constitución por parte de la Corte Suprema de Justicia, como juez constitucional, para, precisamente, evitar que ocurriera una confrontación fáctica entre el principio de la soberanía popular y el principio de la supremacía constitucional. Y ello fue lo que se pretendió obtener mediante el ejercicio, en 1998, de dos recursos de interpretación sobre los alcances del "referendo consultivo" que entonces sólo estaba previsto en la Ley Orgánica del

6 Véase BREWER-CARIAS (sobre la Asamblea Constituyente). "Necesaria e inevitable", en *El Universal*, Caracas, 19-01-1999, pp. 1-14.

Sufragio y Participación Política de 1998, que fueron interpuestos por ante la Sala Político Administrativa (contencioso-administrativa) de la antigua Corte Suprema de Justicia en 1998, de los cuales, sin embargo, y lamentablemente, no resultó decisión judicial expresa alguna.

La Sala, en efecto, dictó sendas sentencias el 19 de enero de 1999⁷, con contenido ambiguo, en el cual no se decidió con precisión lo que se le había consultado; lo que no impidió que las decisiones fueran “interpretadas” como la supuesta solución al conflicto constitucional existente, dando lugar, como consecuencia de un “referendo consultivo”, a la subsecuente convocatoria, elección y constitución de una Asamblea Nacional, lo que en todo caso ocurrió en democracia y sin ruptura constitucional a la usanza tradicional.

Pero la verdad es que no hubo tal interpretación constitucional, ya que el juez contencioso-administrativo renunció a ejercer su función interpretativa, de lo cual resultó que, en definitiva, la ruptura constitucional o golpe de Estado en Venezuela la terminó dando la propia Asamblea Nacional Constituyente una vez que fue electa el 25 de julio de 1999, al irrumpir desde el mismo momento de su constitución, el 8 de agosto de 1999, contra la Constitución de 1961⁸, interviniendo los poderes constituidos sin autoridad alguna para ello, incluyendo la propia Corte Suprema que le había dado nacimiento, la cual también terminó siendo eliminada.

El tema que debió haber resuelto la Corte Suprema –y que renunció a resolver– era el que resultaba del debate

7 Véase el texto en *Revista de Derecho Público*, n.º 78-80, Caracas, Jurídica Venezolana, 1999, pp. 55-73. Véase los comentarios a dichas sentencias en 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”, *ibíd.*, pp. 453 y ss.; y en BREWER-CARÍAS. *Asamblea Constituyente y ordenamiento constitucional*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999, pp. 151 y ss.

8 Véase, en general, BREWER-CARÍAS. *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, México, Unam, 2002.

político que existía a comienzos de 1999 y que se le había planteado para que interpretara, sobre la forma de convocar la Asamblea Constituyente que tanto había prometido el Presidente electo, en el sentido de que o se reformaba previamente la Constitución para regularla y luego elegía, como planteábamos⁹, o se convocaba sin regularla previamente en la Constitución, sólo apelando a la soberanía popular al margen de las previsiones constitucionales¹⁰, como lo planteaba el Presidente electo. Se trataba, en definitiva, de resolver el conflicto constitucional mencionado entre supremacía constitucional y soberanía popular, que la Corte Suprema tenía que enfrentar y asumir, pues sólo el juez contencioso-administrativo, actuando como juez constitucional, podía hacerlo.

Sin embargo, aún antes de que se pudiera asumir que la Corte Suprema habría resuelto el conflicto, lo cierto es que el Presidente electo había optado pública y abiertamente por la segunda vía, anunciando 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. Durante esos días, en todo caso apoyado por la popularidad que en ese momento tenía, lanzó amenazas y ejerció indebida y públicamente presiones contra la Corte Suprema de Justicia buscando apoyo para su propuesta¹¹.

- 9 Véase en BREWER-CARÍAS. *Asamblea Constituyente y ordenamiento...*, cit., pp. 153 a 227; BREWER-CARÍAS. "El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999", en *Revista Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 3, 1999, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 31-56.
- 10 Sobre los problemas jurídicos que precedieron a la conformación de la Asamblea Nacional Constituyente, véase HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ. *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Caracas, Ex Libris, 2001, pp. 3-23.
- 11 Véase las críticas que expresamos en su momento a las presiones presidenciales al poder judicial, en BREWER-CARÍAS. "Expresiones de Chávez atentan contra independencia del Poder Judicial", en *Cambio*, Mérida, 14 de febrero 1999, p. 3; y en *Frontera*, Mérida, 14 de febrero 1999, p. 3-A.

La propuesta presidencial, en todo caso, consistía en utilizar ilegítimamente la vía de un referendo consultivo previsto en una ley para convertirlo en un “referendo decisorio”, en fraude a la Constitución. En 1999, por ello, indicábamos que

La convocatoria a dicha Asamblea Constituyente, sin estar prevista en la Constitución, siempre consideramos que no sería otra cosa que un desconocimiento de la Constitución de 1961. En efecto, el referéndum consultivo que prevé el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio es un medio de participación popular de carácter consultivo y no de orden decisorio. Es evidente que una consulta al pueblo nunca podría considerarse inconstitucional, pues es una manifestación de la democracia. Pero pretender que mediante una consulta popular pudiera crearse un órgano constitucional, como la Asamblea Constituyente, establecerse su régimen y que pudiera proceder a realizar la reforma constitucional eso sí podía considerarse inconstitucional, pues ello implicaría reformar la Constitución, y para ello, habría que seguir ineludiblemente el procedimiento pautado en el artículo 246 que exige la actuación del Poder Constituyente Instituido que implica, incluso, que la reforma sancionada se someta a un referéndum aprobatorio. Sustituir todo ello por un referéndum consultivo podía considerarse como una violación de la Constitución.

El referéndum consultivo, en realidad, sólo es eso, una consulta que se traduce en la manifestación de un mandato político que debe ser seguido por los órganos constitucionales para reformar la Constitución y regular lo que la consulta popular propone. Pero pretender que con la sola consulta popular se pudiera crear un nuevo Poder Constituyente de reforma, podía significar el desconocimiento de la Constitución y la apertura del camino de la anarquía.

El problema constitucional que estaba planteado, sin embargo, sólo podía ser resuelto por la Corte Suprema de Justicia, y así ocurrió con las mencionadas sentencias del 19-01-99.¹²

En efecto, como se dijo, para diciembre de 1998 la Corte Suprema conocía 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 precisamente la emisión de las dos mencionadas sentencias por la Corte Suprema, el 19 de enero de 1999, dos semanas antes de que el Presidente electo tomara posesión de su cargo, en las cuales la Corte Suprema, sin resolver expresamente lo que se le había solicitado interpretar, sin embargo se refirió ampliamente al derecho constitucional a la participación política y glosó también ampliamente, aun cuando en forma teórica, la doctrina constitucional sobre el poder constituyente, desencadenando así el proceso que luego no pudo ni contener ni limitar, y que le costó, como se dijo, su propia existencia.

En relación con el mencionado dilema que existía en ese momento político entre supremacía constitucional y soberanía popular, de la interpretación que se dio a las mencionadas sentencias de la Corte Suprema sobre si se podía convocar un *referéndum consultivo* sobre la Asamblea Constituyente, en definitiva se dedujo que la misma se podía crear mediante la sola manifestación de esa voluntad popular consultiva, aunque fuera expresada al margen de la Constitución de 1961, sin que ésta se reformara previamente.

El tema que tenía que enfrentar la Corte Suprema era dilucidar cuál principio de los dos que constituyen los

12 Véase en BREWER-CARÍAS. *Asamblea Constituyente y ordenamiento...*, cit., pp. 181 y 182.

pilares fundamentales que rigen al Estado Constitucional debía prevalecer en Venezuela en ese momento: el principio democrático representativo o el principio de la supremacía constitucional, lo que en todo caso exigía que se mantuviera el equilibrio entre ambos¹³. En ese dilema, si la Corte se atenía al solo principio democrático de democracia representativa que está a la base del Estado constitucional, el pueblo soberano sólo podía manifestarse como poder constituyente instituido mediante los mecanismos de modificación constitucional previstos en la Constitución de 1961 (art. 246). Sin embargo, de acuerdo con lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en su mencionada sentencia, “Si la Constitución, como norma suprema y fundamental puede prever y organizar sus propios procesos de transformación y cambio [...], el principio democrático quedaría convertido en una mera declaración retórica [...]”. Es decir, conforme a esa frase se podía deducir que para que el principio democrático no fuera una mera “declaración retórica” los procesos de cambio o transformación constitucional no debían quedar reducidos a los que se preveían en la Constitución como norma suprema y fundamental. Pero si la Corte se atenía al otro principio del constitucionalismo moderno, el de la supremacía constitucional, es decir, el necesario respeto de la Constitución adoptada por el pueblo soberano que obliga y se impone por igual, como lo dijo la Corte, tanto a los gobernantes (poderes constituidos) como a los gobernados (poder constituyente), toda modificación de la voluntad popular plasmada en la Constitución sólo podía realizarse a través de los mecanismos de reforma o enmienda que establecía la misma Constitución que era, precisamente,

13 Véase los comentarios sobre el dilema en LOLYMAR HERNÁNDEZ CAMARGO. *La teoría del poder constituyente. Un caso de estudio: el proceso constituyente venezolano de 1999*, San Cristóbal, UCAT, 2000, pp. 53 y ss.; CLAUDIA NIKKEN. *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 Janvier 1961*, thèse Docteur de l'Université Panthéon Assas, (Paris II), París, 2001, pp. 366 y ss.

obra de la soberanía popular. Sobre ello, sin embargo, la Corte Suprema dijo que “Si se estima que para preservar la soberanía popular, es al pueblo a quien corresponderá siempre, como titular del poder constituyente, realizar y aprobar cualquier modificación de la Constitución [...] *la que se verá corrosivamente afectada será la idea de supremacía*”. Es decir, para que el principio de la supremacía constitucional no se viera corrosivamente afectado, las modificaciones a la Constitución sólo las podía realizar el pueblo a través de los mecanismos previstos en la propia Constitución.

Era claro, por tanto, cuál era el dilema abierto desde el punto de vista constitucional en ese momento histórico de Venezuela: o la soberanía popular era pura retórica si no podía manifestarse directamente fuera del marco de la Constitución; o la supremacía constitucional se veía corrosivamente afectada si se permitía que el pueblo soberano, como titular del poder constituyente, pudiera modificar la Constitución fuera de sus normas.

La solución del dilema podía ser relativamente fácil en una situación de hecho o de ruptura constitucional: el pueblo, como poder constituyente puede manifestarse siempre, particularmente porque al romperse el hilo constitucional no existe el principio de la supremacía constitucional. Sin embargo, ello no podía ocurrir en un proceso constituyente de derecho sometido a una Constitución, de manera que no estando Venezuela, a comienzos de 1999, en una situación de hecho, sino de vigencia del orden constitucional del texto de 1961, el dilema planteado entre soberanía popular y supremacía constitucional, frente a un proceso de cambio político incontenible como el que se estaba produciendo, no podía tener una solución que derivase de la sola discusión jurídica, sino que necesaria y básicamente tenía que tener una solución de carácter político, pero guiada por el órgano judicial del Estado constitucional, que podía interpretar la Constitución, es decir, la Corte Suprema de Justicia. Lo que era claro en ese momento es que en la discusión jurídica que

se había abierto en el país para enfrentar el mismo dilema, habían quedado precisadas las dos posiciones indicadas:

Por una parte, la de quienes sosteníamos que derivado del principio de la supremacía constitucional, en el Estado constitucional democrático de derecho representativo la Constitución establece los mecanismos para su revisión (reforma y enmienda), y al no regular a la Asamblea Constituyente como medio para la reforma, para que ésta pudiera convocarse debía previamente crearse y establecerse su régimen en el texto constitucional, mediante una reforma constitucional, que le diese estatus constitucional.

Por otra parte, la de quienes sostenían, encabezados por el Presidente de la República, que derivado del principio de que la soberanía reside en el pueblo, como lo decía el artículo 4.º de la Constitución de 1961, la consulta popular sobre la convocatoria y régimen de la Asamblea Constituyente, como manifestación de dicha soberanía popular declarada por el pueblo como poder constituyente originario mediante referendo, era suficiente para que la misma se convocara y eligiera, y acometiera la reforma constitucional sin necesidad de que previamente se efectuase una reforma constitucional para regularla. Se trataba, en definitiva, del debate sobre el poder constituyente en el Estado constitucional democrático representativo que intermitentemente ha dominado la discusión constitucional en todos los estados modernos y que siempre ha estado en la precisa frontera que existe entre los hechos y el derecho.

A la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, como se ha dicho, se le había solicitado que interpretara en relación con la posibilidad de una consulta popular (referendo consultivo) sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, si mediante un “referendo consultivo” como el establecido en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y de Partición Política “se puede determinar *la existencia de voluntad popular para una futura reforma constitucional* y, en caso afirmativo, si ese mecanis-

mo legal de participación puede servir de fundamento a los efectos de convocar a una Asamblea Constituyente, de manera tal que se respete el ordenamiento constitucional vigente”.

En las sentencias, la Corte Suprema, después de realizar algunas citas doctrinales genéricas, precisó el dilema que tenía que resolver, así:

El asunto planteado es el dilema de si la propia Constitución, le es dado [sic] regular sus propios procesos de modificación y de reforma o si se considera que la soberanía corresponde directamente al pueblo, como titular del poder constituyente, reordenando al Estado. En el primer caso estaríamos en presencia del poder constituido. En el segundo, el poder constituyente tendría carácter absoluto e ilimitado.

Después de disquisiciones como estas, la Corte Suprema terminó decidiendo que

la interpretación que debe atribuirse al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, respecto del alcance del referendo consultivo que consagra, en cuanto se refiere al caso concreto objeto del recurso que encabeza las presentes actuaciones, es que: a través del mismo *puede ser consultado el parecer del cuerpo electoral sobre cualquier decisión de especial trascendencia nacional* distinto a los expresamente excluidos por la propia Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política en su artículo 185, incluyendo la relativa a la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

Es decir, la Corte Suprema de Justicia en esta sentencia, muy lamentablemente, no sólo no resolvió de manera expresa el dilema constitucional que se le había planteado y que ella misma había identificado, sino que se limitó sólo a decidir que conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, sí se podía realizar un referendo consultivo, para consultar el parecer del pueblo

sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente; lo que nadie negaba, pues se trataba de una consulta popular sobre una materia de trascendencia nacional. Pero aparte de decidir lo anterior, sobre el otro asunto que se le había planteado a la Corte Suprema, que era el esencial desde el punto de vista constitucional, sobre si en definitiva, para convocar la Asamblea Constituyente bastaba el referendo consultivo o era necesario, además, reformar previamente la Constitución, la Corte nada resolvió ni decidió, y menos en forma precisa y clara.

En realidad, sobre este asunto, en las sentencias, la Sala llegó a la conclusión de que una vez efectuado un referendo consultivo conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, "aun cuando el resultado de la decisión popular adquiriera vigencia inmediata, *su eficacia sólo procedería* cuando, mediante los *mecanismos legales establecidos se de cumplimiento a la modificación jurídica aprobada*. Todo ello siguiendo procedimientos ordinarios previstos en el orden jurídico vigente, a través de los órganos del Poder Público *competentes* en cada caso. Dichos órganos estarán en la *obligación de proceder* en ese sentido".

Lo que se deducía de este párrafo, en realidad, era que una consulta popular sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente no bastaba para convocarla y reunirla efectivamente, de manera que la consulta popular sólo podía interpretarse como un mandato político para que los órganos del poder público *competentes* pudieran proceder a efectuar las modificaciones jurídicas derivadas de la consulta popular, siguiendo los procedimientos ordinarios previstos en el orden jurídico vigente, tanto constitucional como legal. Sólo después de que estas modificaciones se efectuasen, conforme al criterio de la Corte, que no podían ser otras que no fueran las que resultasen de una revisión constitucional (reforma o enmienda), entonces la consulta popular podía ser efectiva. Ello implicaba que para efectuar la reforma e incorporar a la Constitución la figura de la Asamblea Constituyente debía

asegurarse la participación de los diputados y senadores y de las cámaras legislativas, con la participación del pueblo vía referendo aprobatorio conforme a los artículos 245 y 246 de la Constitución de 1961.

Es decir, lejos de decidir con precisión la cuestión constitucional planteada respecto de la posibilidad constitucional de la convocatoria de una Asamblea Constituyente sin una reforma previa de la Constitución, las sentencias de la Corte Suprema del 19 de enero de 1999, dentro de su imprecisión y ambigüedad, dejaron abierta la discusión constitucional, y con ello, la vía jurídico-judicial para la convocatoria de un referendo consultivo para que el pueblo se pronunciara sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, sin que esta institución estuviese prevista en la Constitución de 1961, vigente en ese momento, como un mecanismo de revisión constitucional¹⁴. Con esta decisión, la Corte Suprema no sólo sentó las bases para el inicio del proceso constituyente venezolano de 1999, sino que dio comienzo al proceso que condujo al golpe de Estado perpetrado por la Asamblea Constituyente y, casi un año después, a que los nuevos titulares del poder público decretaran la extinción de la propia Corte Suprema que con su abstención había iniciado el proceso que les dio origen.

Como antes se dijo, la Corte Suprema no llegó a resolver lo esencial de la interpretación que le había sido requerida, y sólo dijo que conforme a las normas sobre referendos de la Ley Orgánica del Sufragio y de Participación Política, se podía consultar al pueblo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente, pero nada dijo sobre si para convocarla debía o no previamente reformarse la Constitución de 1961 para regularla en su texto. Esta ausencia de

14 Véase JESÚS MARÍA CASAL. "La apertura de la Constitución al proceso político", en *Constitución y constitucionalismo hoy*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, pp. 127 y ss.

decisión de la Corte, sin embargo, en el momento político que vivía el país, en la práctica fue suplida por la “opinión pública” que se conformó por los titulares de primera página de los diarios nacionales de los días 20 de enero de 1999 y siguientes, que fueron los que abrieron efectiva e insólitamente dicha vía hacia el proceso constituyente, al “informar” en grandes letras que, supuestamente, la Corte Suprema de Justicia había decidido que se podía proceder a convocar una Asamblea Nacional Constituyente para revisar la Constitución, sin necesidad de reformar previamente la Constitución de 1961¹⁵. En ese momento, la euforia de los que de ello derivaron un “triunfo” jurídico¹⁶, y la incredulidad y duda de otros, que no encontraban la “decisión” que anunciaba la prensa en el texto de la sentencia, impidieron precisar con exactitud el contenido de la misma. La

15 *El Nacional*, Caracas, 21-01-99, pp. A-4 y D-1; *El Universal*, 21-01-99, pp. 1-2 y 1-3; *El Universal*, 20-01-99, pp. 1-15. El titular de primera página del diario *El Nacional* del 20-01-99 rezó así: “CSJ, considera procedente realizar un referéndum para convocar la Constituyente”; el titular del cuerpo de *Política* del mismo diario, del 21-01-99, fue el siguiente: “No es necesario reformar la Constitución para convocar el referéndum” y el del día 22-01-99: “La Corte Suprema no alberga dudas sobre la viabilidad de la Constituyente”. Véase los comentarios coincidentes de HERNÁNDEZ CAMARGO. *La teoría del poder constituyente*, cit., p. 63.

16 Ello se deducía de la propia exposición de motivos del Decreto n.º 3 del 02-02-99 del Presidente de la República convocando al referendo consultivo sobre la Asamblea Nacional Constituyente en la se dijo que “[...] b) La Corte Suprema de Justicia, en sus decisiones del 19 de enero de 1999, ha establecido que para realizar el cambio que el país exige, es el Poder Constituyente, como poder soberano previo y total, el que puede, en todo momento, modificar y transformar el ordenamiento constitucional, de acuerdo con el principio de la soberanía popular consagrado en el artículo 4 de la Carta Fundamental; c) El referendo previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, es un mecanismo democrático a través del cual se manifiesta el poder originario del pueblo para convocar una Asamblea Nacional Constituyente y un derecho inherente a la persona humana no enumerado, cuyo ejercicio se fundamenta en el artículo 50 del Texto Fundamental y que, ese derecho de participación, se aplica no sólo durante elecciones periódicas y de manera permanente a través del funcionamiento de las instituciones representativas, sino también en momentos de transformación institucional que marcan la vida de la Nación y la historia de la sociedad” (*Gaceta Oficial* n.º 36.634 de 02-02-99).

verdad es que, como lo advertimos en su momento¹⁷, no era eso lo que había decidido la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de su Sala Político Administrativa del 19 de enero de 1999. Se insiste: la Corte debía decidir un recurso de interpretación de las normas de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política sobre referendos, en el cual se le habían formulado *dos preguntas* muy precisas: *primera*, si se podía convocar un referendo relativo a una consulta popular sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente; y *segunda*, si se podía convocar dicha Asamblea para dictar una nueva Constitución, sin que se reformase previamente la Constitución de 1961, la cual no preveía la existencia de dicha Asamblea. La Corte, como ya lo hemos analizado, resolvió claramente sólo la primera pregunta, y simplemente *no se pronunció sobre la segunda*. La sentencia se limitó a señalar que para realizar un referendo sobre el tema de la Constituyente no era necesario reformar previamente la Constitución; pero la Sala no se pronunció sobre si luego de efectuada la consulta popular debía o no reformarse la Constitución de 1961 para poder convocar efectivamente la Asamblea Nacional Constituyente que no estaba regulada en norma alguna, como mecanismo para la revisión constitucional, precisamente para regularla en la Constitución como uno de dichos mecanismos.

Esta carencia y la opinión pública construida de ella, buscándose evitar el conflicto constitucional, desviaron la discusión jurídica constitucional hacia otros aspectos; el resultado final fue la convocatoria del referendo consultivo sobre la Asamblea Nacional Constituyente que se efectuó en abril de 1999, la elección de ésta en julio de 1999 y la subsiguiente asunción del "poder constituyente originario"

17 Véase BREWER-CARIAS. *Poder constituyente originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas, Fundación de Derecho Público, 1999, pp. 66 y ss. Véase además lo expuesto en BREWER-CARIAS. *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, cit., pp. 85 y ss.

por la Asamblea a partir de agosto de 1999, con lo cual intervino todos los poderes constituidos, entre ellos el poder judicial, disolvió el Congreso y finalmente a la propia Corte Suprema, con lo que dio, en fin, un golpe de Estado.

III. LA PROPUESTA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS EN 2009 PARA LA REALIZACIÓN DE UNA CONSULTA POPULAR SOBRE LA CONVOCATORIA DE UNA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y SU SUSPENSIÓN POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA-ADMINISTRATIVA

El precedente venezolano de convocatoria de un referendo consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente no prevista en la Constitución, para reformarla, se siguió a la letra en 2007 por el presidente RAFAEL CORREA en Ecuador, donde se recurrió a la misma fórmula, haciendo prevalecer la expresión de la voluntad popular mediante una simple consulta, aún manifestada sin asidero constitucional, conduciendo a la Asamblea Constituyente a la asunción del poder total del Estado, salvo el del Presidente de la República, no sólo para redactar una nueva Constitución sino para intervenir y controlar todos los poderes del Estado¹⁸. En Ecuador, sin embargo, no hubo intervención judicial para dilucidar la convocatoria a la Asamblea Constituyente no prevista en la Constitución; los conflictos constitucionales quedaron, básicamente, entre el Congreso y el Tribunal Electoral.

En todo caso, la modalidad de la convocatoria de una consulta popular para obtener la opinión del pueblo sobre

18 Véase lo expresado sobre este proceso en BREWER-CARIAS. "El inicio del proceso constituyente en Ecuador en 2007 y las lecciones de la experiencia venezolana de 1999", texto de la videoconferencia dada el 19 de abril de 2007 desde la Universidad de Columbia (Nueva York) al Programa de Posgrados de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito, 19 abril de 2007. Véase en [www.allanbrewercarias.com], sección 1, 1, 949 (2007).

la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente no prevista en la Constitución como mecanismo de reforma constitucional, para con base en la expresión popular poder convocarla, forzando la prevalencia de la soberanía popular sobre la supremacía constitucional, fue también lo que quiso imponer en Honduras el presidente JOSÉ MANUEL ZELAYA en el 2009, con la diferencia de que en este país los tribunales de la jurisdicción contenciosa-administrativa efectivamente asumieron su función, y funcionaron y decidieron como contralores de la constitucionalidad y legalidad de las actuaciones del Presidente de la República, llegando a suspender los efectos de los actos ejecutivos dictados en la materia¹⁹.

A. El Decreto Ejecutivo PCM-05-2009, de marzo de 2009, que convoca a una consulta popular sobre una Asamblea Nacional Constituyente y su impugnación en vía contenciosa-administrativa

En efecto, el 24 de marzo de 2009, en cadena televisiva y de radio, el Presidente de Honduras anunció que en Consejo de Ministros del día anterior (23 de marzo de 2009) se había emitido el Decreto Ejecutivo PCM-05-2009 en el cual se había ordenado realizar una “amplia consulta popular” para que la ciudadanía hondureña pudiera expresar libremente su acuerdo o desacuerdo con la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, a los efectos de dictar y aprobar una nueva Constitución Política; disponía que el ente que estaría a cargo de la ejecución del decreto sería el Instituto

19 Para la narración de los hechos y actos estatales adoptados en este caso, así como las diversas decisiones y actuaciones judiciales realizadas por la jurisdicción contenciosa-administrativa y la Corte Suprema de Honduras, hemos partido exclusivamente del estudio del contenido de las copias de las actas procesales respectivas. Véase *Expediente Zelaya*, Documentos, *El Nacional*, Caracas.

Nacional de Estadística (INE); la realización de la consulta se preveía para el último domingo del mes de junio de 2009.

El texto de la consulta popular que el Presidente de la República proponía, en lo que en definitiva era un “referendo consultivo”, consistía en la siguiente pregunta:

¿Está usted de acuerdo que [sic] en las elecciones generales de 2009, [sic] se instale una cuarta urna para decidir sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente que apruebe una nueva Constitución Política?

Este Decreto PCM-005-2009, según se afirmó en el primer “considerando” del Decreto PCM-019-2009 de fecha 26 de mayo de 2009, *nunca se llegó a publicar* por el poder ejecutivo en el *Diario Oficial*, “por razones de mérito y oportunidad”. Por ello se le consideró como un *acto administrativo tácito de carácter general emitido por el poder ejecutivo* que había sido ampliamente publicitado, aun cuando no formalmente publicado en el *Diario Oficial*, que es el requisito para que cualquier acto de efectos generales pueda producir efectos (artículo 255 de la Constitución y artículo 32 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

En todo caso, en virtud de que la publicitada propuesta presidencial se apartaba de lo que la Constitución de Honduras establecía en materia de reforma constitucional, el 8 de mayo de 2009 dos fiscales del Ministerio Público, órgano constitucional al cual corresponde ser garante de la Constitución, presentaron ante el Juzgado de Letras de lo Contencioso-administrativo de Tegucigalpa (municipio del Distrito Central) una demanda ordinaria contenciosa-administrativa “contra el Estado de Honduras”, de declaratoria de ilegalidad y la nulidad del “*acto administrativo tácito de carácter general emitido por el Poder Ejecutivo*” y que estaba contenido en el mencionado Decreto Ejecutivo PCM-005-2009, por considerar que dicho acto no estaba ajustado a derecho.

Los fiscales solicitaron además, ante el mismo juzgado contencioso-administrativo, como medida cautelar, que suspendiera los efectos del acto impugnado.

En el proceso (orden de ingreso n.º 151-2009), el Estado de Honduras estuvo representado por la Procuradora General de la República, quien actuó en el proceso.

B. La suspensión de efectos del Decreto Ejecutivo PCM-05-2009, del 23 de marzo de 2009, decretada por el juez contencioso-administrativo

El artículo 121 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo prescribe que procede la suspensión de efectos de los actos administrativos impugnados en vía contenciosa-administrativa cuando “la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil”, por lo que, con base en dicha norma, en el libelo de la demanda que originó el juicio, la parte demandante, es decir el Ministerio Público, solicitó ante el juez contencioso-administrativo que dictase una medida cautelar incidental de suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado, lo que efectivamente fue decidido por el juzgado el 27 de mayo de 2009 mediante sentencia interlocutoria de suspensión del acto impugnado (es decir, del decreto presidencial PCM-05-2009 del 23 de marzo de 2009).

Para dictar dicha sentencia interlocutoria, el juez contencioso-administrativo apreció la solicitud del Ministerio Público que se fundamentaba en la consideración de que el acto administrativo impugnado era “de gran impacto que ocasionaría daños y perjuicios de reparación imposible al sistema democrático del país *en franca violación a la Constitución de la República y demás leyes*, así como perjuicios económicos, por ejecutar acciones de la dimensión de una consulta a nivel nacional, y por perjuicios graves a la sociedad de difícil reparación a todas las instituciones del poder

ejecutivo, y se prohíba a todas las empresas privadas que estén ejerciendo contratos para la ejecución del decreto”.

Y además, en su sentencia el juez agregó que la parte demandada, es decir, el Estado de Honduras representado por la Procuradora General de la República, al devolver la vista, había reconocido que el juzgado tenía la potestad de suspender actos administrativos, y había indicado que el acto impugnado, de ser ciertas las imputaciones sobre él, “constituye grave infracción al ordenamiento jurídico, que lesiona intereses del Estado de Honduras y de la generalidad del pueblo hondureño, ocasionando un daño al Estado de Honduras de reparación imposible, así como de las erogaciones económicas ya que el poder ejecutivo ha publicitado por medios de comunicación privados para el cometido del acto administrativo impugnado, y que generan gastos cuantiosos para la administración pública, los que tienden a incrementarse cada día”. Es decir, ambas partes en el proceso contencioso-administrativo, representantes de instituciones fundamentales del Estado, estuvieron contestes con los poderes del juez contencioso-administrativo sobre la suspensión de los efectos del acto impugnado, y con que dicho juez, de acuerdo con la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, emitiera la sentencia que correspondiera.

Por su parte, el juez titular del juzgado contencioso-administrativo, para decidir la incidencia de suspensión de efectos del decreto presidencial impugnado, consideró que cuando se resuelven solicitudes de esta naturaleza “se ha de tomar en consideración que la tutela judicial no será efectiva, si al pronunciarse la sentencia definitiva, resulta difícil o prácticamente imposible la satisfacción de la pretensión contenida en la demanda”, considerando entonces que la correcta decisión de solicitud que se le había formulado exigía, conforme a la más clásica técnica judicial en materia de medidas cautelares,

la ponderación y armonización de dos principios en pugna, por un lado, el de la efectiva tutela judicial, y, por otro, el de la eficacia de la acción administrativa, esto por la presunción de legitimidad del acto impugnado, principios que buscan evitar que con la ejecución del acto impugnado se causen perjuicios de difícil o imposible reparación, de no decretarse la suspensión del acto que se impugna, por lo que al decretar la suspensión de los efectos de un determinado acto impugnado lo que se busca es prever que al momento de emitirse un fallo definitivo sea meramente declarativo e ineficaz con respecto a las pretensiones del demandante.

Con base en lo anterior, el juez en su sentencia interlocutoria de suspensión, teniendo en cuenta que ambas partes en el proceso habían estado contestes sobre sus facultades legales en materia contenciosa-administrativa para decidir sobre la revisión, suspensión y nulidad de actos administrativos, y considerando "que El Estado de Honduras es un Estado de derecho, por lo que sus actuaciones están sometidas únicamente al imperio de la Constitución de la República y las leyes", decidió que era "procedente decretar la suspensión del acto administrativo tácito objeto de revisión en el presente juicio por considerar que su implementación redundaría en daños de carácter económico, político y sociales que serían de imposible reparación para el Estado de Honduras". El juez contencioso-administrativo adoptó esa decisión en aplicación de los artículos 5.º, 80, 82, 90, 245, 303, 304 y 305 de la Constitución de la República; artículos 1.º, 11, 40 y 137 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales; artículos 1.º, 2.º, 3.º, 7.º, 13 literal b, 101, 120, 121, 122, 125, 129, 132 y 134 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo; artículos 130, 131, 134, 138, 141 y 142 del Código de Procedimientos Civiles; y artículos 9.º, 15 y 16 de la Ley del Ministerio Público; y además, en aplicación del Oficio scsj-3623-88 y Acuerdo 03-98 de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

La consecuencia de declarar con lugar la cuestión incidental de suspensión de los efectos del acto impugnado, que era el acto administrativo tácito de carácter general impugnado contenido en el Decreto Ejecutivo PCM-05-2009 del 23 de marzo de 2009, tal como lo habían solicitado los fiscales del Ministerio Público demandantes, fue además la orden judicial de suspensión de “cualquier tipo de publicidad sobre lo establecido en el mismo” y, en general, “del procedimiento de consulta a los ciudadanos por parte del Poder Ejecutivo a través del Presidente Constitucional de la República, o cualquiera de las instituciones que componen la estructura administrativa del Poder Ejecutivo”.

Por tanto, el objetivo de la decisión cautelar de suspensión de efectos del acto administrativo impugnado fue el que el Presidente de la República y, en general, todos los órganos del poder ejecutivo se abstuvieran de realizar actividad alguna relativa a la propuesta presidencial de consulta popular a los ciudadanos sobre el tema de una Asamblea Nacional Constituyente no prevista en la Constitución. Para asegurar el cumplimiento de la sentencia, el juez en su decisión mandó notificarla “al Señor Presidente Constitucional de la República a través del Señor Secretario de Estado en el Despacho Presidencial, para su conocimiento y cumplimiento inmediato, haciéndole las prevenciones establecidas en el artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo de no cumplir la misma”.

C. La “reedición” del acto administrativo impugnado mediante Decreto Ejecutivo PCM-19-2009, de mayo de 2009, convocando a una “encuesta nacional de opinión” sobre una Asamblea Nacional Constituyente

La anterior decisión del juez contencioso-administrativo, como se dijo, fue dictada el día 27 de mayo de 2009, suspendiendo los efectos del acto administrativo tácito contenido en el Decreto Ejecutivo PCM-05-2009 de 24 de marzo de 2009

(nunca publicado) que ordenaba la realización de una consulta popular no autorizada en la Constitución.

Sin embargo, y quizás sabiendo el Presidente de la República que la decisión del Tribunal Contencioso-Administrativo iba a ser dictada suspendiendo los efectos de su PCM-05-2009 del 23 de marzo de 2009, que como se dijo nunca fue publicado en el *Diario Oficial* “por razones de mérito y oportunidad” (es decir, deliberadamente), el día anterior a la sentencia, es decir, el 26 de mayo de 2009, el Presidente de la República emitió en Consejo de Ministros un “nuevo” Decreto Ejecutivo PCM-19-2009, que tampoco fue publicado en el *Diario Oficial* sino un mes después, es decir el día 25 de junio de 2009 (n.º 31.945), mediante el cual se decidió anular y dejar “sin ningún valor y efecto” el Decreto PCM-05-2009 que ordenaba una consulta popular, a partir de su emisión; acto que, como se dijo, había sido impugnado y cuya suspensión de efectos era inminente. Ello, por supuesto, era contradictorio: si un acto no publicado en el *Diario Oficial* como lo decía uno de los considerandos del decreto no surtía efectos, no parecía lógico que en el mismo decreto se resolviese “dejar sin efectos” un acto que supuestamente no había surtido efectos.

En todo caso, en lugar del decreto del 23 de marzo de 2009 que se revocaba y en concreto en lugar de la “consulta popular” que entonces se había ordenado, mediante un nuevo Decreto PCM-20-2009 dictado el mismo día 26 de mayo de 2009 (publicado también un mes después en el *La Gaceta* n.º 31.945 del 25 de junio de 2009), el Presidente había dispuesto que se realizase, no una consulta popular, sino “una encuesta nacional de opinión”, que se debía llevar a cabo el 28 de junio de 1999, en la cual debía formularse una pregunta similar en su forma a la antes propuesta para la “consulta popular”, pero sustancialmente distinta:

¿Está usted de acuerdo que [sic] en las elecciones generales de 2009, [sic] se instale una cuarta urna en la cual el pueblo

decida la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente? Sí ___ No ___.

En el nuevo decreto, que se calificó como “de ejecución inmediata” aun cuando debía publicarse en el *Diario Oficial* (artículo 5.º), además, se instruía “a todas las dependencias y órganos de la Administración pública, Secretarías de Estado, Instituciones Descentralizadas y Desconcentradas”, para que se incorporasen y ejecutasen activamente “todas las tareas que le sean asignadas para la realización del proyecto denominado ‘Encuesta de Opinión Pública convocatoria Asamblea Nacional Constituyente’ ”, considerando que, según el referido decreto, ello constituía “una actividad oficial del Gobierno”.

La diferencia era notoria: antes lo que se buscaba era que el pueblo, con una respuesta afirmativa a la pregunta de la “consulta popular”, decidiera “sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente que apruebe una nueva Constitución Política”; ahora lo que se buscaba era que el pueblo con una respuesta afirmativa a la pregunta de una “encuesta nacional de opinión”, decidiera “la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente”. El efecto de la manifestación popular era, por tanto, radicalmente distinto, y lo que aparentemente era una propuesta para una “consulta popular” y luego para una “encuesta de opinión”, se había convertido en una propuesta para un referendo decisorio tendiente a lograr una “decisión” popular al margen de la Constitución. Tal como ocurrió en Venezuela en febrero de 1999, cuando el Presidente de la República, utilizando la vía de un “referendo consultivo” previsto en una ley, propuso la formulación de una pregunta que era más bien la de un referendo decisorio no previsto en ley alguna, con el cual se pretendía modificar la Constitución²⁰.

20 Véase en BREWER-CARÍAS. *Asamblea Constituyente y ordenamiento...*, cit., pp. 180 y ss.

El nuevo Decreto PCM-20-2009, por otra parte, contenía una extensa motivación entre otros, en los artículos 2.º y 5.1 de la Constitución, en los cuales se dispone que la soberanía corresponde al pueblo del cual emanan todos los poderes del Estado, agregando que “el Gobierno debe sustentarse en el principio de la democracia participativa del cual se deriva la integración nacional, que implica participación de todos los sectores políticos en la administración pública, a fin de asegurar y fortalecer el progreso de Honduras basado en la estabilidad política y en la coalición nacional”. En los considerandos del decreto se afirmaba igualmente que “la sociedad hondureña ha experimentado cambios sustanciales y significativos en los últimos veintisiete años, cambios que demandan un nuevo marco constitucional para adecuarlo a la realidad nacional, como una legítima aspiración de la sociedad”. Por último, en el decreto se afirmó que había sido en virtud de diversas solicitudes de ciudadanos en forma individual o por medio de sectores y grupos sociales organizados del país, como el poder ejecutivo, había “decidido convocar a la ciudadanía en general para que emita su opinión y formule propuestas de solución a problemas colectivos que les afecte; como ser la instalación de una cuarta urna que permita un eficaz ejercicio de su derecho”.

Dos días después de este Decreto PCM-19-2009, en fecha 29 de mayo de 2009, el Presidente de la República, mediante cadena nacional informó al pueblo Hondureño por intermedio del entonces Secretario de Estado en el Despacho de la Defensa Nacional, EDMUNDO ORELLANA MERCADO, que el Presidente constitucional, en Consejo de Ministros, había aprobado otro acuerdo ejecutivo, el n.º 027-2009, en el cual se ordenaba que se llevase a la práctica una “encuesta nacional de opinión”, bajo la responsabilidad del Instituto Nacional de Estadística (INE), y se ordenaba a las Fuerzas Armadas de Honduras que apoyasen con sus medios logísticos y demás recursos necesarios al Instituto Nacional de

Estadística; establecía que dicho acuerdo ejecutivo entraba en vigencia a partir de su fecha (29/05/09).

Estos decretos son de los que en el derecho administrativo se conocen como “reedición” de los actos administrativos dictados después de que han sido impugnados en vía contenciosa-administrativa y, en este caso, en la víspera de que se suspendieran judicialmente sus efectos, por otros actos administrativos que en definitiva perseguían objetivos similares, lo que está proscrito en materia contenciosa-administrativa pues constituye una burla a los poderes de control de la jurisdicción.

D. La aclaratoria de la sentencia del juez contencioso-administrativo de suspensión de efectos del decreto presidencial impugnado

El mismo día del anuncio presidencial del Decreto PCM-27-2009, 29 de mayo de 2009, los abogados del Ministerio Público que actuaban como parte demandante en el proceso contencioso-administrativo (parte incidentista) solicitaron aclaratoria de la sentencia interlocutoria de suspensión de efectos que se había dictado, y el juez titular, al constatar sus propios poderes como los de todos los jueces de la jurisdicción contenciosa-administrativa para adoptar “cuantas medidas sean necesarias para satisfacer totalmente lo resuelto en los fallos que emitan, esto, a fin de asegurar el estricto cumplimiento de lo ordenado en los mismos, para la ejecución de la tutela judicial efectiva, y no se evadan a través de otros actos administrativos, las disposiciones contenidas en sus fallos”, consideró “que de haberse emitido, o de emitirse acto administrativo que contravenga o venga a contravenir lo dispuesto en la sentencia interlocutoria de fecha 27 de mayo de 2009, sería para evadir lo ordenado en la misma, así como el mandato judicial mismo, por lo que cualquier decisión administrativa dictada en este sentido es improcedente, por no poder evadirse el mandamiento judi-

cial a través de actos administrativos". Como consecuencia, resolvió aclarar en sentencia del 29 de mayo de 2009 que

La Sentencia Interlocutoria de fecha 27 de mayo de 2009 en el sentido que los efectos de la suspensión ordenada, del acto tácito de carácter general que contiene el Decreto Ejecutivo número PCM-05-2009 de fecha 23 de marzo de 2009, incluye a cualquier otro acto administrativo de carácter general o particular, que se haya emitido o se emita, ya sea expreso o tácito, por su publicación o falta de publicación en el Diario Oficial *La Gaceta*, que conlleve al mismo fin del acto administrativo tácito de carácter general que ha sido suspendido, así como cualquier cambio de denominación en el procedimiento de consulta o interrogatorio, que implique evadir el cumplimiento de la sentencia interlocutoria que se aclara.

Es decir, el juez contencioso-administrativo censuró, conforme a lo previsto en los artículos 82, 84, 132 y 134 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo; y en el artículo 195 del Código de Procedimientos Civiles, cualquier tipo de "reedición" o novación administrativa que pudiera permitir burlar los efectos de la decisión judicial de suspensión de efectos de la "consulta popular" que había sido ordenada por el Presidente de la República, cualquiera que fuese la "forma" que se le pretendiera dar.

E. La inadmisibilidad de la acción de amparo intentada por el Presidente de la República contra la decisión del juez contencioso-administrativo suspendiendo los efectos de sus decretos sobre la convocatoria de una Constituyente

Contra las decisiones del Juzgado de Letras de lo Contencioso-Administrativo, es decir, contra la sentencia interlocutoria del 27 de mayo de 2009 y su aclaración del 29 de mayo de 2009, que declaró con lugar la cuestión incidental de suspensión de efectos del decreto ejecutivo impugnado,

y prohibió cualquier tipo de publicidad sobre el procedimiento de consulta a los ciudadanos por parte del poder ejecutivo que comprometa la estructura administrativa del poder ejecutivo y cualquier otro que se emita aunque cambie de denominación, el Presidente Constitucional de la República, en su condición de titular del poder ejecutivo, representado por un abogado, intentó acción de amparo ante la Corte de Apelaciones de lo Contencioso-Administrativo en Tegucigalpa.

Esta corte, en sentencia del 16 de junio de 2009, consideró que siendo el proceso contencioso-administrativo desarrollado ante el Juzgado de Letras un proceso en el cual las partes eran el Ministerio Público como demandante y el Estado de Honduras como demandado, la acción de amparo que pudiera intentarse contra las decisiones dictadas en el proceso sólo podían ser interpuestas por las partes interesadas en él; de lo que concluyó resolviendo que “siendo el demandado, el Estado de Honduras, resulta obvio que quien interpone el amparo carece de legitimación para ejercer la presente acción, puesto que constitucionalmente el representante legal del Estado es la Procuraduría General de la República, quien no ha interpuesto recurso alguno y por ende ha consentido la sentencia y la aclaración recurrida”. De ello concluyó la Corte de Apelaciones que en el caso sometido a su consideración, la acción de amparo intentada resultaba inadmisibile, lo que ocurre “cuando los actos hayan sido consentidos por el agraviado y se entenderán que han sido consentidos por el agraviado, cuando no se hubieren ejercitado, dentro de los términos legales, los recursos o acciones”; resuelve, entonces, en nombre del Estado de Honduras, rechazar de plano la demanda de amparo por considerarla inadmisibile, en aplicación de los artículos 183, 228, 303, 304, 321, 322 y 323 de la Constitución de la República; 41, 44, 46 numeral 3 y párrafo último de la Ley Sobre la Justicia Constitucional.

F. La conminación judicial al Presidente de la República para que acatara las decisiones de la jurisdicción contenciosa-administrativa

A los efectos de dar cumplimiento a la sentencia interlocutoria antes referida, en fecha 3 de junio de 2009 el Juzgado de Letras de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo libró una primera comunicación judicial dirigida al Presidente de la República, por medio del Secretario de Estado en el Despacho de la Presidencia, para que adoptase las medidas que procedieran y practicasen lo exigido en cumplimiento de la sentencia interlocutoria dictada.

Posteriormente, el 18 de junio de 2009, uno de los abogados del Ministerio Público solicitó al Juzgado de Letras Contencioso-Administrativo que nuevamente librara comunicaciones judiciales dirigidas al Presidente de la República y al secretario de Estado de la Presidencia, a efecto de que informasen ante el juzgado sobre las medidas que hubiesen adoptado para dar estricto cumplimiento a la sentencia interlocutoria del 27 de mayo de 2009 y su aclaratoria de fecha 29 de mayo de 2009, y asimismo para que se abstuviesen de realizar actos de carácter general o particular distintos de lo ordenado en la antes mencionada sentencia interlocutoria y su respectiva aclaratoria.

Acorde con ello, el juez titular del Juzgado de Letras de lo Contencioso-Administrativo, el mismo 18 de junio de 2009, libró sendas comunicaciones judiciales dirigidas al Presidente de la República y al Secretario de Estado en el Despacho de la Presidencia, requiriéndoles que informasen sobre las medidas que hubiesen adoptado para dar estricto cumplimiento a la sentencia interlocutoria antes mencionada, y para que se abstuviesen de realizar actos generales y particulares contrarios a ella, "haciéndole la advertencia que de verificarse el incumplimiento de la sentencia interlocutoria y su respectiva aclaratoria antes mencionadas, se le hace la advertencia de lo establecido en el artículo 349

del Código Penal, sin perjuicio de la responsabilidad civil en que incurriere por los daños y perjuicios que causare a los interesados; asimismo, de infringir lo dispuesto en la sentencia interlocutoria y su respectiva aclaratoria antes mencionadas, este Juzgado le aplicará multa que se hará efectiva mediante el procedimiento de apremio, la que no podrá ser menor de quinientos lempiras (Lps. 500.00), ni mayor de cinco mil lempiras (Lps. 5,000.00)". El informe que se solicitaba, conforme a las notificaciones judiciales, debía ser rendido "bajo su personal y directa responsabilidad ante este Juzgado en el plazo máximo e improrrogable de cinco (5) días hábiles siguientes a recibida la presente, comunicación, advirtiéndole que de no hacerlo así en el plazo señalado, este Juzgado le impondrá multa por cantidad no inferior a los doscientos lempiras (Lps. 200.00), ni superior a los dos mil lempiras (Lps. 2,000.00)".

Luego, el mismo día 18 de junio de 2009, el juez libró una tercera comunicación judicial dirigida al Presidente de la República, por medio de la Secretaría General del Despacho Presidencial, a fin que dentro del plazo de cinco días informara al órgano jurisdiccional qué medidas había adoptado para dar cumplimiento a la sentencia interlocutoria y su respectiva aclaración.

Ninguna de las comunicaciones anteriores fue respondida por el Presidente de la República ni por funcionario alguno del poder ejecutivo.

IV. EL DESACATO PRESIDENCIAL A LAS DECISIONES DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA-ADMINISTRATIVA Y SUS CONSECUENCIAS

A pesar de las precisas órdenes judiciales emanadas del Juzgado de Letras de lo Contencioso-Administrativo, que prohibían al Presidente de la República realizar actos generales y particulares contrarios a la decisión de suspensión de efectos del decreto presidencial sobre la consulta popu-

lar sobre la Asamblea Constituyente, éste continuó con su proyecto de realizar la “encuesta de opinión” prohibida judicialmente.

A. El desacato presidencial a las órdenes judiciales y el decomiso del material destinado a la realización de la encuesta de opinión

El Juzgado de Letras Contencioso-Administrativo, en atención al requerimiento formulado por el Fiscal General de la República en el cual denunció el desacato por parte del poder ejecutivo de las órdenes judiciales, con fecha 26 de junio de 2009 dictó una nueva decisión judicial ordenando a las Fuerzas Armadas de Honduras, por medio del Jefe del Estado Mayor Conjunto, “el *inmediato decomiso* de toda la documentación y material necesario y relacionado con la encuesta de opinión que el Poder Ejecutivo, en *abierta violación a la orden emanada de este Juzgado*, pretende realizar el día domingo 28 de junio de dos mil nueve”.

Para adoptar esta decisión judicial, el juez se había previamente dirigido al Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas de Honduras solicitándole información sobre el cumplimiento de lo ordenado por el juzgado, a lo que las Fuerzas Armadas habían respondido el 24 de junio de 2009, informándole “que han acatado lo ordenado en la misma”.

La decisión judicial de decomiso antes indicada se adoptó luego de que el juez expresara, *primero*, que en virtud de la decisión judicial de fecha 27 de mayo de 2009, se había ordenado la suspensión de “toda actividad tendiente a realizar cualquier tipo de consulta o encuesta de opinión con el objetivo de instalar una cuarta urna en las elecciones generales de noviembre próximo para convocar a una Asamblea Nacional Constituyente; *lo que conlleva inexorablemente la derogatoria de la Constitución de la República*”; *segundo*, “con el objeto de dar cumplimiento a la suspensión decretada mediante el fallo

supraindicado se libraron las correspondientes comunicaciones judiciales a efecto de dar conocimiento a distintas instituciones, entre ellas la Presidencia de la República, a que se *abstuviesen de continuar realizando actividades orientadas a la realización de cualquier consulta o encuesta de opinión*"; y tercero, "que a pesar de lo anterior, el Poder Ejecutivo, en pleno *desconocimiento del fallo judicial, ha continuado con el intento de realizar la encuesta de opinión programada para el próximo domingo 28 de los corrientes*".

Para ordenar el decomiso de toda la documentación y material necesario y relacionado con la encuesta de opinión que el poder ejecutivo pretendía realizar "en abierta violación a la orden emanada de este Juzgado", el juez contencioso-administrativo partió de lo dispuesto en el artículo 304 de la Constitución, que atribuye a los "órganos jurisdiccionales aplicar las leyes a casos concretos; juzgar y ejecutar lo juzgado". Consideró, además, que conforme a la previsión del artículo 274 de la Constitución, las Fuerzas Armadas "están sujetas a las disposiciones de su Ley Constitutiva y a las demás leyes y reglamentos que regulen su funcionamiento", y conforme al artículo 1.º de la Ley Constitutiva de las Fuerzas Armadas, éstas se instituyen para, entre otras cosas, "defender el imperio de la Constitución". Con base en lo anterior; consideró que "siendo que la celebración de la Encuesta de Opinión tiene como propósito final manchar la Constitución de la República; las Fuerzas Armadas de Honduras, en apego a las disposiciones anteriormente relacionadas, son la institución llamada a su defensa evitando la consumación de tal propósito", resolviendo de acuerdo con los artículos 272, 304 y 274 de la Constitución de la República; 1.º y 132 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa; 1.º de la Ley Constitutiva de las Fuerzas Armadas,

Primero: Ordenar a las Fuerzas Armadas de Honduras, por medio del Jefe del Estado Mayor Conjunto, el *inmediato decomiso*

de toda la documentación y material necesario y relacionado con la *encuesta de opinión que el poder ejecutivo, en abierta violación a la orden emanada de este juzgado, pretende realizar el día domingo 28 de junio de dos mil nueve*. Asimismo se le ordena a las Fuerzas Armadas de Honduras, que dichos documentos y material relacionado, por constituir una amenaza flagrante a la Constitución de la República, sea incinerado de forma inmediata.

A los efectos de que se realizase la medida ordenada, el juez habilitó todos los días y horas inhábiles, bajo la coordinación técnica y legal de la Fiscalía General de la República, exigiéndose a todos los funcionarios y empleados de las diferentes secretarías de Estado, entes descentralizados y desconcentrados brindar toda la colaboración necesaria a fin de que las Fuerzas Armadas de Honduras pudiesen realizar de forma oportuna y eficiente el decomiso del material destinado a ser usado en la encuesta de opinión mencionada. A tal efecto, además, el juez facultó a las Fuerzas Armadas de Honduras, con el propósito del efectivo cumplimiento de lo ordenado, a utilizar los bienes e instalaciones de las instituciones del Estado que considerase necesarias, “en especial, las telecomunicaciones”.

**B. La destitución del Jefe del Estado Mayor
Conjunto de las Fuerzas Armadas por el Presidente
de la República, por cumplir lo ordenado
por la jurisdicción contenciosa-administrativa,
y la suspensión de los efectos del acto de destitución
por la Sala Constitucional de la Corte Suprema**

El mismo día 24 de junio de 2009, al acatar el Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas y proceder a decomisar el material destinado a la realización de la encuesta de opinión prohibida por el juez contencioso-administrativo, que se consideraba violatoria de la Constitución, el Presidente de la República procedió, mediante resolución,

a separar al señor ROMEO ORLANDO VÁSQUEZ VELÁSQUEZ de su cargo de Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas de Honduras.

Tanto el general VÁSQUEZ VELÁSQUEZ, mediante abogado, como el Fiscal Especial para la Defensa de la Constitución RENÉ MAURICIO ACEITUNO ULLOA actuando a favor de *los intereses generales de la sociedad y del orden jurídico constitucional*, interpusieron sendos recursos de amparo contra la resolución presidencial mencionada, ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (registros n.ºs 881 y 883-09), la cual, luego de acumular los recursos, en fecha 25 de junio de 2009 decidió –con base en lo establecido en el artículo 40 de la Ley Constitutiva de las Fuerzas Armadas, contenida en el Decreto 39-2001, de fecha 30 de abril del 2001, que es la ley especializada y aplicable en el caso; en los artículos 183, 245, 278, 280, 303, 313 atribución 5.ª, 316, 321 y 323 de la Constitución de la República; en el artículo 8.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en los artículos 8.º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en los artículos 1.º, 2.º, 4.º, 5.º, 7.º, 9.º numeral 3 literal a, 41, 43, 44, 45, 48, 49, 59 numeral 1, 119, 124 y demás aplicables de la Ley Sobre Justicia Constitucional– admitir los recursos de amparo de mérito, y “decretar bajo la responsabilidad de los recurrentes la suspensión provisional del acto reclamado”, ordenando “a la autoridad recurrida la inmediata remisión de los antecedentes formados al efecto o en su defecto el correspondiente informe dentro del plazo de un (01) día”. La Sala Constitucional, además, mandó que se diera “inmediato cumplimiento a lo ordenado” en la providencia que se ordenó comunicar al Presidente de la República.

C. La vía de hecho presidencial y el nuevo desacato a las órdenes judiciales

El día 25 de junio de 2009, el Presidente de la República, junto con varias personas, entre ellos funcionarios del poder

ejecutivo, después de haber realizado un pronunciamiento público en las instalaciones de la Casa de Gobierno y que fue de conocimiento general a través de los diferentes medios de comunicación, anunciando que él tenía que realizar una misión, le pidió a la gente que se encontraba reunida en el lugar que lo acompañara, y se trasladó a las instalaciones de la base área "Hernán Acosta Mejía", lugar del cual el Presidente de la República, desacatando de nuevo las decisiones judiciales, retiró 814 cajas que contenían el material que sería utilizado para realizar la encuesta de opinión que había ordenado realizar a nivel nacional el día domingo 28 de junio de 2009 y que había sido prohibida por el poder judicial.

D. La acusación fiscal contra el Presidente de la República por diversos delitos

Con motivo de todos los desacatos presidenciales ante las decisiones judiciales, y la actuación del Presidente de la República en contra de la Constitución, el día 25 de junio de 2009 el Fiscal General de la República, "en representación de los más altos intereses generales de la sociedad hondureña", compareció ante la Corte Suprema de Justicia, formulando requerimiento fiscal en contra del Presidente de la República JOSÉ MANUEL ZELAYA ROSALES, a quien acusó como responsable, a título de autor, de los delitos contra la forma de gobierno, traición a la patria, abuso de autoridad y usurpación de funciones, en perjuicio de la administración pública y el Estado de Honduras, solicitando que se librase contra él orden de captura, y luego de que se le comunicasen los hechos que se le imputaban, se le recibiera su declaración de imputado, se le suspendiera en el ejercicio del cargo y se autorizase allanamiento de morada.

Las diversas actuaciones descritas por el Fiscal General ante la Corte, y atribuidas al Presidente de la República, se subsumían, según el Fiscal, en los siguientes tipos penales:

Primero, en el delito contra la forma de gobierno, tipificado en el artículo 328.3 del Código Penal a cuyo efecto el Fiscal General consideró que si bien es cierto que el gobierno debe sustentarse en el principio de la democracia participativa, los únicos mecanismos de consulta a los ciudadanos en el ordenamiento de Honduras son el referéndum y el plebiscito, correspondiendo exclusivamente al Congreso Nacional conocer de ellos y discutir las peticiones, que deben ser aprobadas mediante decreto con el voto afirmativo de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, en el cual se deben determinar los extremos de la consulta, y corresponde al Tribunal Supremo Electoral la convocatoria correspondiente, pues es dicho órgano, y no el poder ejecutivo, el único ente legitimado para convocar, organizar y dirigir las consultas a los ciudadanos (artículo 5.º de la Constitución).

El Fiscal General consideró que siendo el tipo penal un delito de peligro abstracto y de mera actividad, basta la sola realización de actos encaminados fuera de las vías legales a cualquiera de los fines estipulados en el artículo 328 del Código Penal, para que se configure el ilícito penal enunciado; la publicidad difundida a través de los diferentes medios de comunicación, promoviendo la convocatoria para la consulta popular o encuesta de opinión popular, es una actuación que cae dentro del supuesto de la norma penal sustantiva, pues lesiona la seguridad interior del Estado como bien jurídico, objeto de protección, al constituir un acto encaminado fuera de las vías legales tendiente a despojar en parte las facultades que la Constitución le atribuye al Congreso Nacional y al Tribunal Supremo Electoral.

Segundo, en el delito de traición a la patria, que el Fiscal General consideró tipificado en la Constitución de la República, derivado de los intentos de realizar reformas constitucionales contrariando lo dispuesto en los artículos 2.º, 4.º, 5.º párrafo séptimo, 373 y 374; y estimó como dirigido a “afectar las bases constitucionales de la unidad del

Estado como un ente político, acciones que se consuman a través de actos encaminados fuera de las vías legales a despojar en parte las facultades atribuidas a los poderes legalmente constituidos”, indicando que ese era el caso concreto el Presidente de la República JOSÉ MANUEL ZELAYA, quien, estimó el Fiscal General,

suplantó la soberanía popular, la cual se ejerce en este País por representación de conformidad a lo que establece la norma constitucional, donde la soberanía corresponde al pueblo del cual emanan todos los Poderes del Estado, asimismo arrogándose facultades que nunca las tuvo en virtud que las mismas son de competencia del Congreso Nacional, en virtud de que a través de la emisión de tres decretos ejecutivos, convoco a la ciudadanía Hondureña a participar en una encuesta de opinión popular para que “el pueblo decida la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente”.

En tal sentido, en cuanto a la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, el Fiscal General consideró que “es evidente que con la misma se pretende derogar la actual Constitución”, y conforme a los artículos 373, 374 y 375 de la Constitución, “bajo ninguna circunstancia se podrá dictar y aprobar una nueva Constitución porque esta traería consigo *la reforma de artículos pétreos*, mismos que no podrán reformarse en ningún caso”, todo lo cual configura una “conducta contraria a derecho por parte del Ciudadano Presidente de la República, suplantando al Poder Legislativo a convocado a la Ciudadanía Hondureña a la encuesta de opinión”.

Tercero, en el delito de abuso de autoridad regulado en el artículo 349.1 del Código Penal y que sanciona al funcionario o empleado público “que se niegue a dar el debido cumplimiento a órdenes, sentencias, providencias, acuerdos o decretos dictados por autoridades judiciales o administrativas dentro de los límites de sus respectivas competencias y con las formalidades legales [...]”. En este caso, el Fiscal

General consideró que se reúnen los elementos objetivos de este tipo penal, “en vista de que el Ciudadano Presidente de la República en flagrante omisión a los apercibimientos emanados a través de las comunicaciones libradas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo”, incumplió con las disposiciones contenidas relativas a la ejecución de la sentencia, y a pesar de haber sido apercibido, hizo caso omiso, y “con pleno conocimiento y voluntad, procedió a realizar actos contrarios a la sentencia dictada”.

Cuarto, en el tipo penal de usurpación de funciones conforme al artículo 354 del Código Penal, ya que conforme al artículo 15 numerales 5 y 8 de la Ley Electoral y de las Organizaciones Políticas, es atribución del Tribunal Supremo Electoral organizar dirigir, administrar y vigilar los procesos electorales y consultas populares; así como convocar a elecciones, referendos y plebiscitos; y además, conforme al artículo 5.º, quinto párrafo de la Constitución, “corresponde únicamente al Tribunal Supremo Electoral, convocar, organizar y dirigir las consultas a los ciudadanos señalados en los párrafos anteriores”. En el caso, el Fiscal General consideró que el hecho del Presidente de la República de emitir tres decretos, “referentes a la realización de una consulta, llamada posteriormente encuesta de opinión”, cuyo objetivo era “consultar si las personas estaban de acuerdo con la instalación de una cuarta urna en las elecciones generales para decidir si se convoca a una Asamblea Nacional Constituyente que emita una nueva Constitución de la República”, era atribución exclusiva del Tribunal Supremo Electoral.

El Fiscal General, además, destacó que en la gama de delitos imputados el Presidente de la República además vulneró el principio de legalidad que se encuentra descrito en el artículo 321 Constitución de la República y que establece: “Los servidores del Estado no tienen más facultades que las que expresamente les confiere la ley [...]”, ejerciendo

arbitrariamente la función pública con desviación y abuso de poder.

Con fundamento en lo que expuso ante la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General consideró que debido a la alta investidura que como alto funcionario del Estado ostentaba el Presidente “y existiendo un peligro de fuga por la gravedad de la pena que pueda imponérsele” como resultado del proceso, solicitó se ordenase el allanamiento de morada para la aprehensión del acusado JOSÉ MANUEL ZELAYA ROSALES. El Fiscal General, además, para evitar la impunidad y en virtud de que conforme al artículo 33 de la Ley de la Administración Pública los secretarios de Estado son colaboradores del Presidente de la República, y teniendo el titular de la Secretaría de Estado en los despachos de seguridad a través de la Policía Nacional la facultad legal de hacer efectivas las órdenes de captura emanadas de autoridad competente, debido al conflicto de intereses y al temor fundado que tenía el Ministerio Público de que no se le diera cumplimiento a la orden judicial, solicitó de la Corte Suprema que se instruyera a las Fuerzas Armadas de Honduras por medio del Jefe del Estado Mayor Conjunto, la facultad de hacer que se cumplieran los mandatos que la Constitución, las leyes y los reglamentos les imponen a las Fuerzas Armadas, y procedieran hacer efectiva la orden de captura del acusado Presidente.

Con fecha 26 de junio de 2009, conforme a lo alegado y solicitado por el Fiscal General, la Corte Suprema de Justicia resolvió y en consecuencia se dirigió al Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, general de división ROMEO VÁSQUEZ VELÁSQUEZ, ordenando la captura del Presidente de la República de Honduras, JOSÉ MANUEL ZELAYA ROSALES, “a quien se le supone responsable de los delitos de: *contra la forma de gobierno, traición a la patria, abuso de autoridad y usurpación de funciones* en perjuicio de la Administración Pública y del Estado de Honduras”. La Corte Suprema también se dirigió en la misma fecha al Estado Mayor Conjunto de

las Fuerzas Armadas de Honduras, ordenando proceder en el momento pertinente al allanamiento de la vivienda del Presidente de la República de Honduras, JOSÉ MANUEL ZELAYA ROSALES,

entre las seis de la mañana y las seis de la tarde y ponerlo a la orden de la autoridad correspondiente por suponerlo responsable de la comisión de los hechos delictivos: *contra la forma de gobierno, traición a la patria, abuso de autoridad y usurpación de funciones* en perjuicio de la Administración Pública y del Estado de Honduras, lo anterior a raíz del requerimiento fiscal presentado en esta Corte por parte del Ministerio Público [cursivas donde había mayúsculas en el original].

El día 28 de junio de 2009, sin embargo, la orden judicial no fue ejecutada tal como se ordenó judicialmente, y el presidente ZELAYA, después de haber sido detenido en su residencia durante la noche, fue ilegalmente extrañado del país y un avión lo trasladó a Costa Rica, indudablemente en violación de lo previsto en los artículos 81 y 102 de la Constitución.

Al día siguiente, 29 de junio de 2009, la Corte Suprema de Justicia consideró que como era “de público y notorio conocimiento que el ciudadano José Manuel Zelaya Rosales, ha dejado de ostentar la condición de Presidente Constitucional de la República”, carácter por el cual había sido presentado el requerimiento fiscal ante el Supremo Tribunal de Justicia, para que se le siguiese el procedimiento establecido en la normativa procesal penal que regula el enjuiciamiento criminal para los más altos funcionarios del Estado; al haber dejado el presidente ZELAYA de ostentar la condición de alto funcionario del Estado, consideró la Corte que entonces no era procedente seguir su enjuiciamiento de conformidad a los artículos 414, 415, 416, 417 del Código Procesal Penal, debiéndose, en consecuencia, conocer por la vía del procedimiento penal ordinario, “a fin de garantizarle así

las reglas propias del debido proceso al imputado". Como consecuencia, resolvió, además de tener por presentado el requerimiento fiscal junto con los documentos que se acompañaron, remitirlo al Juzgado de Letras Unificado de lo Penal de Tegucigalpa, Francisco Morazán, para que se continuase con el procedimiento ordinario establecido en el Código Procesal Penal.

En esta decisión, la Corte Suprema, sin embargo, no suministró fundamento jurídico alguno ni indicó con base en qué acto jurídico el presidente ZELAYA el día 28 de junio había "dejado de ostentar la condición de Presidente Constitucional de la República"; limitándose a decir que ello era de "de público y notorio conocimiento". Lo que había ocurrido, en realidad, era que había sido expatriado (eso era quizás lo público y notorio) en forma inconstitucional, pero no por ello habría dejado de ser presidente constitucional. En este aspecto, el tema que habría quedado pendiente de resolver es si para el caso de que el presidente expatriado llegase a regresar al país, debería ser procesado por la Corte Suprema de Justicia, en virtud de su condición de presidente, y no por parte de un tribunal penal ordinario como ex funcionario.

V. EL JUEZ CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO JUEZ CONSTITUCIONAL Y LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA

En Honduras, sin la menor duda, el Juzgado de Letras de lo Contencioso-Administrativo con sede en Tegucigalpa, al ejercer el control de la constitucionalidad e ilegalidad sobre los actos administrativos dictados por el Presidente de Honduras relativos a la consulta popular sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, actuó como juez constitucional, ejerciendo las competencias que le asigna la Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa; competencia de control que, lamentablemente, aún por la vía del recurso contencioso-administrativo de

interpretación, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Venezuela actuando como juez contencioso-administrativo diez años antes se abstuvo de ejercer, cuando le tocó resolver sobre la misma inconstitucional situación: la convocatoria de un referendo consultivo por el Presidente de la República sin estar previsto este mecanismo de reforma constitucional en el texto de la Constitución.

De las previsiones constitucionales tanto en Honduras como en Venezuela, en efecto, el ejercicio de la justicia constitucional corresponde, conforme a la Constitución, no sólo a la jurisdicción constitucional que en ambos países ejercen las salas constitucionales del Supremo Tribunal, sino a la jurisdicción contenciosa-administrativa, al ejercer su competencia de anulación de los actos administrativos de efectos generales o particulares contrarios a derecho, es decir, contrarios a la Constitución, a las leyes o a las demás fuentes del derecho administrativo²¹. Es decir, todos los jueces contencioso-administrativos, conforme al artículo 259 de la Constitución de Venezuela y a la ley reguladora de la jurisdicción contenciosa-administrativa en Honduras, tienen potestad para declarar la nulidad de los actos administrativos, no sólo por ilegalidad sino por inconstitucionalidad, ejerciendo la justicia constitucional.

De lo anterior resulta que así como debe diferenciarse la jurisdicción constitucional que se atribuye a las salas constitucionales, de la función de justicia constitucional que corresponde conforme a las constituciones de Venezuela (artículo 334) y Honduras (artículo 320) a todos los jueces, también debe establecerse claramente la diferenciación entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción contenciosa-administrativa, que radica en la competencia *por el objeto* que

21 Véase BREWER-CARIAS. *La justicia constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 447 y ss.; *La justicia contencioso-administrativa*, tomo VII, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Caracas-San Cristóbal, Jurídica Venezolana, 1996, pp. 26 y ss.

se atribuye a los tribunales que las componen: la jurisdicción constitucional que corresponde a los tribunales supremos en *sala constitucional* tiene por objeto conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad *contra las leyes y demás actos de rango legal o ejecución directa e inmediata de la Constitución*; en cambio, la jurisdicción contenciosa-administrativa que corresponde a los tribunales de la misma conforme a la ley, tiene por objeto, entre otros, conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad o ilegalidad *contra los actos administrativos* generales o particulares, que siempre son de rango *sub legal*; o como lo precisa la ley reguladora de la jurisdicción contenciosa-administrativa de Honduras, los tribunales de la jurisdicción “conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales *de rango inferior a la Ley* y con los decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación” (art. 1.º). Por ello, de acuerdo con el artículo 76.1 de la Ley sobre Justicia Constitucional de Honduras (2004), la acción de inconstitucionalidad procede “contra las leyes y otras normas de carácter y aplicación general *no sometidos al control de la jurisdicción contenciosa-administrativa*, que infrinjan preceptos constitucionales”²².

Esto implica que ambas jurisdicciones se diferencian por el objeto de las acciones y no por el motivo de las ellas: la jurisdicción constitucional conoce de la nulidad de las leyes y demás actos de rango legal o de ejecución directa e inmediata de la Constitución; en cambio, la jurisdicción

22 Véase en general sobre la ley de Justicia Constitucional de Honduras, nuestros comentarios, BREWER-CARIAS. “El sistema de justicia constitucional en Honduras” en *El sistema de justicia constitucional en Honduras (comentarios a la Ley sobre Justicia Constitucional)*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Corte Suprema de Justicia, República de Honduras, 2004, pp. 1-148; y “La reforma del sistema de justicia constitucional en Honduras”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, n.º 4, 2005, México, Porrúa, pp. 57-77.

contenciosa-administrativa conoce de la nulidad de los actos administrativos, que son de rango sublegal, sea cual fuere el motivo de impugnación. Así se expuso, por ejemplo, en la sentencia n.º 6 del 27 de enero de 2000²³ de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, señalando que “La Constitución vigente distingue claramente la jurisdicción constitucional de la contenciosa-administrativa, delimitando el alcance de ambas competencias en *atención al objeto de impugnación*, es decir, *al rango de los actos objeto de control y no a los motivos por los cuales se impugnan*”²⁴. En otros términos, la Sala Constitucional de Venezuela, en la sentencia n.º 194 del 4 de abril de 2000:

El criterio acogido por el Constituyente para definir las competencias de la Sala Constitucional, atiende *al rango de las actuaciones objeto de control*, esto es, que dichas actuaciones tienen una relación directa con la Constitución que es el cuerpo normativo de más alta jerarquía dentro del ordenamiento jurídico en un Estado de derecho contemporáneo. Así las cosas, *la normativa constitucional aludida imposibilita una eventual interpretación que tienda a identificar las competencias de la Sala Constitucional con los vicios de inconstitucionalidad que se imputen a otros actos o con las actuaciones de determinados funcionarios u órganos del Poder Público.*²⁵

De lo anterior, la Sala concluyó precisando su propia competencia así:

23 Véase en *Revista de Derecho Público* n.º 81 (enero-marzo), Caracas, Jurídica Venezolana, 2000, p. 213.

24 Criterio que se ratificó expresamente por la misma sala en sentencia n.º 194 del 4 de abril de 2000, en *Revista de Derecho Público* n.º 82, Caracas, Jurídica Venezolana, 2000.

25 Criterio que ratificó lo que había decidido en sentencia del 27 de enero de 2000 (caso *Milagros Gómez y otros*). Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Jurídica Venezolana, 2000.

La Sala Constitucional, en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, conoce de los recursos de nulidad interpuestos contra los actos realizados en ejecución directa de la Constitución o que tengan forma de ley. De allí que, en el caso de autos, al tratarse el reglamento impugnado de un acto de rango sublegal, esta Sala Constitucional carece de competencia para controlar su conformidad a Derecho, ya que tal competencia corresponde a la Jurisdicción Contenciosa-administrativa. Así se decide.²⁶

Estos mismos criterios se aplican en Honduras, donde a la Sala Constitucional, conforme al artículo 319.12, le corresponde la competencia para “declarar la inconstitucionalidad de las leyes en la forma y casos previstos en esta Constitución”, como competencia “originaria y exclusiva” (art. 184), previéndose que “las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una norma será de ejecución inmediata y tendrá efectos generales, y por tanto derogarán la norma inconstitucional” (art. 316). Con esta previsión incorporada en la Constitución en la reforma del 2000 se pasó así de un método de control concentrado de constitucionalidad de las leyes con efectos *inter partes* a un método de control concentrado con efectos generales, *erga omnes*, permaneciendo previsto el método difuso de control de la constitucionalidad de las leyes (art. 320), aun cuando sin operatividad, como potestad atribuida a todos los jueces para desaplicar las leyes que consideren inconstitucionales al decidir los casos concretos que deben resolver.

Con base en estos poderes del juez contencioso-administrativo de actuar como juez constitucional, controlando la constitucionalidad y legalidad de las actuaciones del poder ejecutivo, se desarrolló en Honduras el proceso judicial contencioso-administrativo contra los decretos presidenciales de marzo-mayo de 2009 para la convocatoria de una

26 Véase en *Revista de Derecho Público*, n.º 82, Caracas, Jurídica Venezolana, 2000.

consulta popular o encuesta de opinión que encubrían una propuesta de referendo “decisorio” sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente y que condujeron finalmente a la orden de detención y a la orden de enjuiciamiento del Presidente de la República, JOSÉ MANUEL ZELAYA, entre otros hechos y actos, por desacato a las decisiones del poder judicial.

Puede decirse, en todo caso, que el control judicial desarrollado por la jurisdicción contenciosa-administrativa fue un proceso de defensa de la democracia; sin embargo, llama la atención el que al ejercerse el control de los actos del Presidente de la República dictados en violación de la Constitución y sobre las vías de hecho en que incurrió contrarias al poder judicial y al ordenamiento jurídico de Honduras, en ninguna de las actas procesales fundamentales del proceso se haya usado la palabra “democracia”. Sin embargo, en un Estado constitucional, la defensa de la Constitución es siempre defensa de la democracia entendida como el régimen político que busca asegurar que el ejercicio del poder público por el pueblo, como titular que es de la soberanía, se haga en la forma prescrita en la Constitución, tanto en forma indirecta mediante representantes electos (democracia representativa), como en forma directa manifestando su voluntad para la toma de decisiones mediante referendo (democracia directa).

Para asegurar que el ejercicio de ese poder no sea ni abusivo ni arbitrario, el propio pueblo lo somete a límites establecidos tanto en la Constitución del Estado que él mismo ha adoptado como norma suprema, como en la legislación que deben sancionar sus representantes en los órganos del Estado. La Constitución y las leyes contienen, así, los límites que el propio pueblo se impone a sí mismo y a sus representantes para ejercer el poder público, por lo que todo control respecto de la sumisión de los órganos del Estado a la Constitución es un control de defensa a la propia democracia. Por ello, el Estado que se organiza en

una Constitución adoptada en una sociedad democrática es esencialmente un Estado sometido a controles.

Para garantizar ese Estado y la propia democracia es para lo que se establece un sistema que permita la posibilidad de controlar el ejercicio del poder, de manera que los propios órganos que ejercen el poder en el Estado puedan, mediante su división y distribución, frenar el ejercicio mismo del poder, y así los diversos poderes del Estado puedan limitarse mutuamente. Por ello la existencia de sistemas de justicia constitucional y justicia contenciosa-administrativa desarrollados en todos los países democráticos.

La democracia como régimen político, por tanto, es mucho más que la sola elección de representantes mediante votación popular, o de la convocatoria a referendos, siendo la democracia representativa, por supuesto, de su esencia, sin la cual, como régimen político, no podría existir. Tal como lo precisó la Carta Democrática Interamericana adoptada en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en Lima, el 11 de septiembre de 2001: además de la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo, la democracia representativa contiene acumulativamente una serie de otros *elementos esenciales*, sin los cuales no puede existir como régimen político, entre los cuales están el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la necesaria existencia de la separación e independencia de los poderes públicos (art. 3.º). Además, la misma Carta definió que el ejercicio de la democracia acumulativamente contiene estos otros componentes fundamentales, que son: 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; 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 (art. 4.º). La democracia, por tanto, como se dijo, es mucho más que las solas elecciones y votaciones, y entre sus elementos quizás el más esencial es el que se refiere a la separación e independencia de los poderes públicos, ya que este elemento es el que asegura que los otros factores de la propia democracia puedan ser una realidad política²⁷. En otros términos, 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 mencionados factores esenciales de la democracia. Es decir, sólo controlando al poder puede haber elecciones completamente libres y justas y representatividad efectiva; sólo controlando al poder puede haber pluralismo político; sólo controlando al poder puede haber efectiva participación democrática; sólo controlando al poder puede asegurarse una efectiva transparencia en el ejercicio del gobierno, con exigencia de la rendición de cuentas por parte de los gobernantes; sólo controlando al poder se puede asegurar un gobierno sometido a la Constitución y las leyes, es decir un Estado de derecho; sólo controlando al poder puede haber un efectivo acceso a la justicia y ésta puede funcionar con efectiva autonomía e independencia; y sólo controlando al poder 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 éstos tienen o creen tener apoyo popular, inevitablemente conduce a la corta o

27 Véase sobre la Carta Democrática Interamericana y la crisis de la democracia en Venezuela, BREWER-CARÍAS. *La crisis de la democracia venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, Caracas, Ediciones El Nacional, 2002, pp. 137 y ss.

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 respeto a los derechos humanos; y es la historia reciente en América Latina que nos muestra la emergencia de regímenes autoritarios usando y manipulando fraudulentamente las previsiones constitucionales y los medios electorales, como ha sido el caso de Venezuela, para violar la Constitución y destruir la democracia²⁸.

En Honduras, sin duda, funcionaron los controles, y las actividades del presidente ZELAYA violatorias de la Constitución fueron controladas por los tribunales de la jurisdicción contenciosa-administrativa, que demostró tener una autonomía e independencia que muchas jurisdicciones de otros países podrían envidiar. En este caso, fue dicha jurisdicción la que defendió la Constitución y la democracia; y el desacato a sus decisiones, ajustadas a derecho, fue lo que condujo a la Corte Suprema de Justicia a ordenar el procesamiento del Presidente. Lamentablemente, al final, como se dijo, la orden judicial dada a las Fuerzas Armadas por la Corte Suprema no fue ejecutada según lo ordenado, y el presidente

28 Véase BREWER-CARÍAS. "La demolición del Estado de derecho en Venezuela. Reforma constitucional y fraude a la Constitución (1999-2009)", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 6, Madrid, Iustel, 2009, pp. 52-61; "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 electoral para minar la democracia y establecer un régimen autoritario de supuesta 'dictadura de la democracia' que se pretende regularizar mediante la reforma constitucional)", en el libro *Temas constitucionales. Planteamientos ante una reforma*, Caracas, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), 2007, pp. 13-74; "Constitution Making in Defraudation of the Constitution and Authoritarian Government in Defraudation of Democracy. The Recent Venezuelan Experience", en *Lateinamerika Analysen*, 19, 1/2008, Hamburgo, German Institute of Global and Area Studies, Institute of Latin American Studies, 2008, pp. 119-142.

ZELAYA fue ilegalmente extrañado del país en violación de lo previsto en los artículos 81 y 102 de la Constitución, con las consecuencias internacionales conocidas.

Nueva York, julio de 2009

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

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 político¹.

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; deben ser diseñadas 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 perdura nada que pretenda basarse en la imposición de la voluntad de una facción de la sociedad aplastando o excluyendo a las otras.

* El presente artículo contiene referencias temporales inmediatas, dado que se escribió muy cerca del momento en que se desarrollaba el proceso de reforma constitucional en Ecuador, sobre el que trata [N. del E.].

1 Véase BREWER-CARÍAS. "Algo sobre la experiencia venezolana de 1999, la reforma de la Constitución y la Asamblea Constituyente", en *Qué? Periódico Mensual con Respuestas*, Goberna & Derecho, año 1, n.º 1, Guayaquil, 15 de enero de 2007.

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 que 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 que conocemos también 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 sea un instrumento inclusivo, para la conciliación, que permita no sólo adaptar las constituciones a las exigencias políticas de los tiempos contemporáneos, sino que ellas 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.

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 la incorporación de 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, que 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 sobre todo, el control recíproco, que es donde radica la base de la propia democracia como antídoto frente al 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 partidos² 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.

Aun 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

2 Véase BREWER-CARIAS. *Problemas del Estado de partidos*, Caracas, Jurídica Venezolana, 1988; *La crisis de las instituciones: responsables y salidas*, Caracas, Cátedra Pío Tamayo, Centro de Estudios de Historia Actual (mimeografiado), Faces, Universidad Central de Venezuela, 1985, publicado también en *Revista del Centro de Estudios Superiores de las Fuerzas Armadas de Cooperación*, n.º 11, Caracas, 1985, pp. 57-83; y en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n.º 64, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1985, pp. 129-155.

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 efectuó 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), resultó dominada en más de un 95% por los seguidores del presidente CHÁVEZ, de modo que se constituyó en un instrumento político de exclusión, que le aseguró el asalto y apoderamiento total del poder. La Asamblea Constituyente de Venezuela de 1999 les 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 avanzadísimas 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 de crear 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 de la riqueza petrolera estatal, lo que en definitiva imposibilita la participación política, que 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 sí 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, fruto en general 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 aun 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 el 2007.

En ese contexto, el caso de Venezuela ha sido sintomático, pues en 1999 se produjo allí 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 ésta 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 neoautoritarismo 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.

Es importante, por tanto, que la experiencia venezolana 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 a 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; en segundo lugar, me voy a referir al proceso constituyente venezolano de 1999; y tercero, voy a puntualizar los que en mi criterio son los resultados de aquel proceso, ocho años después.

I. LAS VICISITUDES POLÍTICAS Y JURÍDICAS EN LOS INICIOS DEL PROCESO CONSTITUYENTE EN ECUADOR EN 2007

A. El decreto presidencial n.º 2 del 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.º 2 en el que convocaba a una consulta popular para que a su vez se convocara e instalara una Asamblea Constituyente, en términos muy similares al Decreto n.º 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 para convocar 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 votó por ese cambio, sin saber que en realidad estaba votando por un instrumento jurídico constitucional excepcionalísimo, 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 en las encuestas publicadas antes de la elección que mostraron altísimos índices de desconocimiento de qué 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.º 2 convocaba una consulta popular para que los ecuatorianos se pronunciaran 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 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.º, 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 aunque sí 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 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 de 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 de 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 de 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 popular³.

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 exactos 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

3 Véase sobre el caso venezolano BREWER-CARIAS. *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.º 72, Caracas, Jurídica Venezolana, 1999; “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.º 77-80, Caracas, Jurídica Venezolana, 1999, pp. 453 y ss.

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 antes de 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 relevantes del debate jurídico que se desarrolló en el Ecuador luego de la emisión del Decreto n.º 2, hasta la realización de la consulta popular, que hemos elaborado partiendo de las informaciones aparecidas en los medios de comunicación⁴.

1. La sumisión del decreto presidencial al Tribunal Supremo Electoral

El Decreto n.º 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 sólo “la viabilidad para ejecutarla”. Entre tanto, 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 podría ser de 130.

4 Para ello hemos seguido las informaciones aparecidas en [www.ecuadorinmediato.com].

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 ésta debía ser aprobada por el Tribunal Supremo Electoral o por el Congreso, y reiteraba que el régimen considera que ella 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.

2. 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 este órgano del Estado el que resolviera la convocatoria a una consulta popular en la que el pueblo decidiera a su vez 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 debe 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, aseguraba 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.º 2, formuladas en el Decreto n.º 54, manifestando su disposición a 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, por supuesto, en el debate 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.º 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 informaba 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 quería 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 eliminar la propuesta inicial para que la Asamblea tuviera la posibilidad de modificar el marco institucional del Estado, circunscribiéndose su labor espe-

cífica 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 períodos 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 hicieron 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 períodos de presidente y 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”.

3. 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”.

Además, los legisladores incorporaron al artículo 1.º 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 14 de febrero, el Presidente de la República 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.º de marzo y la votación se realizaría el 15 de abril de 2007, aun 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 reformara al estatuto inicial.

El mismo 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 destituyera 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 [sic] la soberanía radica en el pueblo”, y asimismo, el 18 de febrero precisaba además que “para el Gobierno, la consulta está en el Tribunal Supremo Electoral (TSE) y no en el Congreso Nacional”.

4. 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 por 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 él había tomado la iniciativa de la convocatoria a la consulta popular con el Decreto n.º 2, que luego reformó con el Decreto n.º 54, y que “ahora también deberá reformarlo si es que así es el caso, tomando en cuenta las sugerencias del Congreso Nacional”. Concluía señalando que lo único que debía hacer el Tribunal Supremo Electoral era “codificar los tres decretos ejecutivos para efectos del estatuto, porque la pregunta está desde el Decreto n.º 2”.

Para el 21 de febrero, el Tribunal Supremo Electoral se encontraba analizando el documento que condensa en uno

solo los decretos ejecutivos n.ºs 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 [en] 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.º de marzo para nosotros poder anunciar la convocatoria en base a [sic] 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 parte del Presidente de la República, que acogiera las propuestas del Congreso y refundiera los decretos 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; [en] 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”.

5. 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, el n.º 148, conservando el texto

de la pregunta formulada en el Decreto inicial n.º 2 del 15 de febrero, anexando el Estatuto Electoral en el cual se incorporaron modificaciones diversas, que 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 mandatario.

En cuanto al estatuto, en particular respecto de su artículo 1.º, 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 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.

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.º 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 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”

6. 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.º 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 del 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.

*7. La demanda e inconstitucionalidad
de la convocatoria a consulta popular presentada
por el Congreso ante el Tribunal Constitucional*

El Congreso había aprobado el 2 de marzo, con el voto de 58 legisladores de 71 presentes, demandar ante el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de la convocatoria

de consulta popular realizada por el Tribunal Supremo Electoral. Se consideró que el procedimiento desarrollado por el Tribunal Supremo Electoral “no siguió el procedimiento correcto” y se señala que el Gobierno debió haber enviado el estatuto al Congreso para su calificación previa, ya que no se trata de una codificación, pues 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 ya declaraba el 6 de marzo que ella no cabía, que 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”; advertía que ello no se permitiría “decida lo que decida la mayoría antipatriota, antihistórica, anticidadana corrupta” y anunciaba 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 rechazó las declaraciones del Presidente de la República de que no acatará los fallos de esa institución y atribuyó esa posición 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”, mientras 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”.

8. 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".

*9. 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 sólo podía convocar a un Congreso extraordinario cuando el Congreso Nacional se encontrara 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” y 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 habían admitido acciones de amparo, el juez de Guayas, lo declaró con lugar, ordenando la restitución en sus cargos de 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 habían desechado recursos de amparos sobre el mismo caso de los diputados destituidos. Por otra parte, el 22 de marzo de 2007, un diputado jefe de uno de los bloques legislativo del Congreso 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 de Guayas, indicando que dicho fallo no tenía vigencia; y el 5 de abril de 2007, el Consejo Nacional de la Judicatura hizo efectiva la resolución del Tribunal Supremo Electoral, que destituyó al juez decimoquinto de lo penal de 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 de 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 por que 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”.

10. 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.º), y ante un conflicto constitucional como el que se advierte tras el recuento de las vicisitudes jurídicas planteadas en tres meses, desde el 15 de enero hasta el 15 de abril de 2007, tenía que haber decidido.

Llama la atención, sin embargo, el 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 hubieran dilucidado judicialmente los aspectos

centrales del debate constitucional que suscitó el Decreto n.º 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, con una votación por el "Sí" 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, con 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 sólo para "elaborar una nueva Constitución", sino para que, además, con "plenos poderes", durante el período de su funcionamiento, "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, ella, 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 por 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 cantonales; remover y sustituir a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Supremo Electoral y del Tribunal Constitucional, 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 1.º de éste, 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 “sólo entrará en vigencia con la aprobación mediante referendo de la nueva Constitución”.

Este agregado al artículo 1.º del estatuto de la Asamblea, propuesto por el Congreso y acogido en el Decreto n.º 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.º del estatuto con el texto de la pregunta formulada en la consulta popular.

Se puede considerar que el agregado del artículo 1.º 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 1.º 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 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 otra parte, este límite a la Asamblea implicaría que ella, 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, la número 26 en la historia constitucional del país desde 1811.

A. 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 todas las constituyentes históricas anteriores, el proceso de 1999 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, aun 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, como parte del grupo de oposición al proyecto del presidente CHÁVEZ, integrado por sólo 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*⁵. 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 de que si se repiten, se tenga conciencia de ellos; en particular, los que significó 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 éstos habían sufrido.

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 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

5 Publicado en el año 2001 por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; acaba de ser reimpresso en Guayaquil por la editorial Goberna & Derecho (2007).

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 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 el fraccionamiento del país. Por tanto, lejos de constituir 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.

B. Las exigencias democráticas del proceso constituyente y su fracaso

Pero, además, ocho años después de realizado aquel 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 fracaso⁶, y si bien se han realizado cambios políticos de gran importancia, lo que ellos 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, lo que hace 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.

Lo que la crisis de la democracia representativa de partidos planteaba en Venezuela, en realidad, 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.

6 Véase BREWER-CARÍAS. "El proceso constituyente y la fallida reforma del Estado en Venezuela", en *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pp. 25-48. Publicado también en el libro del autor *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas, Jurídica Venezolana, 2001, pp. 243-253.

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; la descentralización del poder sólo es 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, 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 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, 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 evidente 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, para 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.

C. La propuesta constituyente en 1999 y sus escollos constitucionales

Fue 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, y 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 ellos. Incluso, el planteamiento de que fuera el propio Congreso electo en diciembre de 1998 el que asumiera 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 resolver⁷. Sin embargo, antes de que se resolviera el conflicto por la Corte Suprema de Justicia⁸, 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

7 Véase BREWER-CARIAS. "El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 3, 1999, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 31-56.

8 Véase Íb. "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", cit., pp. 453 y ss.

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 constituyente⁹. 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 en el que convocaba 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 fue impugnado, obviamente, por razones de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia¹⁰, la cual, después de varias y

9 Véase ÍD. *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)*, cit.

10 Véase el texto de la acción de inconstitucionalidad que intentamos contra el decreto presidencial en ÍD. *Asamblea Constituyente y ordenamiento constitucional*,

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 del 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, del 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.

Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1998; e ÍD. “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.º 1, enero-junio de 1999, Caracas, 1999, pp. 29-92.

D. 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 tres constituyentes en representación de los pueblos indígenas, que en Venezuela (a diferencia de 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 para elegir, en una multimillonaria campaña electoral financiada, incluso, por algún banco extranjero¹¹. 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 República logró la elección de todos los candidatos

11 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.º 5, Audiencia Nacional, Madrid (procedimiento n.º 251/02-N).

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, cuatro constituyentes nacionales entre los cuales se encontraba quien esto escribe. Los tres representantes indígenas fueron electos de acuerdo con “las costumbres ancestrales” respectivas, y 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 excluyente, dominada por el partido de gobierno y por los seguidores del Presidente, en la cual quedaron excluidos de representación todos los partidos políticos tradicionales.

Una Asamblea Constituyente conformada por una mayoría de esa naturaleza impidió, por supuesto, 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.

E. 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, que 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 autoproclamó como “poder constituyente originario”, atribuyéndose a sí misma 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 autoproclamó como un superpoder 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. De 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, dependientes¹²; 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, e incluso suspendió las elecciones municipales¹³.

Ese primer período de funcionamiento de la Asamblea fue, por tanto, 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, al

12 Véase BREWER-CARIAS. "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*, Barquisimeto, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 2005, pp. 33-174.

13 Véanse todos nuestros votos salvados a estas decisiones en BREWER-CARIAS. *Debate constituyente (aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, tomo 1 (8 agosto-8 septiembre 1999), Caracas, Fundación de Derecho Público-Jurídica Venezolana, 1999.

contrario, 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 Constitución, 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.

F. La elaboración de la Constitución y la ausencia de participación ciudadana

De 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 apropiados¹⁴. Para finales de septiembre de 1999, las 20 comisiones sometieron a la Comisión Constitucional los 20 proyectos de articulado constitucional, que 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 término de sólo dos 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, impidió, por supuesto, 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 por 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 al 9 noviembre) y de tres sesiones de segunda discusión (12 al 14 de noviembre) lo que equivale a sólo 22

14 Véanse buena parte de nuestras propuestas en BREWER-CARIAS. *Debate constituyente (aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, cit.

días de discusión, en Venezuela se aprobó el texto de una nueva Constitución¹⁵.

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. Éstos no se incorporaron efectivamente al proceso constitucional, y sólo las organizaciones indigenistas tuvieron posibilidad de participar, por el hecho de contar directamente con tres constituyentes indígenas.

El escaso tiempo que se impuso a la Asamblea para su trabajo, en todo caso, dispuso 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

15 Véase el texto de nuestros votos salvados en las sesiones de discusión en BREWER-CARIAS. *Debate constituyente (aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, cit.

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 el control del poder, de manera que se pudiera reemplazar el sistema de Estado centralizado de democracia de partidos por un Estado descentralizado de democracia participativa¹⁶.

En realidad, ningún gran debate se dio 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

16 Véanse nuestros comentarios apenas la Constitución fue aprobada en BREWER-CARÍAS. "Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999", en DIEGO VALADÉS y MIGUEL CARBONELL (coords.). *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, Cámara de Diputados, LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pp. 171-193; en *Revista de Derecho Público*, n.º 81, Caracas, Jurídica Venezolana, enero-marzo 2000, pp. 7-21; en *Derechos y Valores*, vol. III, n.º 5, Universidad Militar Nueva Granada, Santafé de Bogotá, julio de 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.

modelo de 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.

G. 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 a una 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 cinco 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 ella. 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–, le reconoció supuestos poderes “supraconstitucionales”.

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 aprobatorio¹⁷.

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 del Presidente de la República. 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

17 Véanse los cometarios sobre este régimen transitorio en BREWER-CARÍAS. *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*, tomo II, Caracas, Jurídica Venezolana, 2004.

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 del 26 de enero de 2000, en cierta forma actuando como juez en su propia causa, reconoció un supuesto carácter originario (plenos poderes) de la Asamblea¹⁸, 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, es evidente 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 imponerles 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 constitu-

18 Véase específicamente los comentarios a esta sentencia en BREWER-CARÍAS. *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Guayaquil, Goberna & Derecho, 2007.

yente fue la acentuación de los aspectos más negativos del sistema. Por ello, por ejemplo, al promover el voto por el “No” en el referéndum aprobatorio de la Constitución, en noviembre de 1999, 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.¹⁹

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; 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 participación.*²⁰

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

19 Documento del 30 de noviembre de 1999. Véase en BREWER-CARÍAS. *Debate constituyente (aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, cit., tomo III, p. 339.

20 *Ibíd.*, p. 323.

representativa vía elecciones, también en forma fraudulenta, para destruir la propia democracia.

H. 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 penta-partita 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 éstos 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: ellas 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 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, apunte 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, éstas 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, que, en definitiva, ha demostrado ser un instrumento profundamente antidemocrático.

Es importante que se conozca esa experiencia, sobre todo en países de América Latina donde, como ahora ocurre en Ecuador, se está comenzando a diseñar un proceso consti-

tuyente 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

A. La concentración del poder y el ahogamiento de la democracia representativa

El resultado de todo aquel 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), quien probablemente pronto se autodenominará “Presidente del Poder Popular”, respecto del cual progresivamente no podrá haber disidencia alguna, ya hoy criminalizada.

Como lo anunció el Vicepresidente 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, lo que se tiene proyectado es ni más ni menos que la instauración de “la dictadura de la democracia”²¹.

21 El Vicepresidente de la República, JORGE RODRÍGUEZ, expresó en enero de 2007: “Claro que queremos instaurar una dictadura, la *dictadura de la democracia*”

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 y 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 han sido y son desde el comienzo 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 éste 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"²². Y toda dictadura, cualquiera que sea, es ineludiblemente el resultado del ejercicio de la violencia.

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 (cursivas nuestras).

22 Véase en *The Daily Telegraph*, Londres, 08-08-98, p. 1.

B. 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 seno de la Organización de Estados Americanos –no sin la disidencia, precisamente, de quien en Venezuela estaba urdiendo el fraude a la democracia²³– una doctrina continental sobre la democracia y lo que ésta significa como

23 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”.

régimen político, al aprobarse en Lima, el 11 de septiembre de 2001, la denominada Carta Democrática Interamericana²⁴. 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 gobernantes de estados no quieren siquiera volver a leer.

En efecto, entre los *elementos esenciales de la democracia representativa* que esa Carta Democrática enumera en su artículo 3.º, 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 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 de lo que señalan los referidos elementos esenciales de la democracia, pues nunca antes había existido mayor violación a los derechos humanos, y para constatar esta tragedia basta sólo contabilizar el número de denuncias que se han formulado contra el Estado venezolano ante la Comisión Interamericana de Derechos

24 Véase sobre la Carta Democrática Interamericana y la crisis de la democracia en Venezuela, BREWER-CARÍAS. *La crisis de la democracia venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, cit., pp. 137 y ss.

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 de los derechos humanos por parte de un Estado.

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 derecho²⁵. En particular, el poder electoral fue secuestrado desde 2003 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

25 Véase BREWER-CARIAS. *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*, Caracas, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, 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.º 55, Lima, marzo-abril de 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, San José de Costa Rica, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional-Editorial Investigaciones Jurídicas, 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 referéndum revocatorio*, Caracas, Aequitas, 2004, 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", en *Studi Urbinati, Rivista trimestrale 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.º 112, México, enero-abril de 2005, pp. 11-73.

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 pública²⁶ y de toda la vida política, social y militar²⁷ 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

26 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”. Véase reportaje de MARIANELA RODRÍGUEZ, en *El Universal*, Caracas 21-04-2007.

27 El 12 de abril de 2007 el presidente CHÁVEZ declaró en Fuerte Tiuna 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, y agregó: “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”. Véase en *El Nacional*, Caracas, 13-04-2007, sección “Política”, p. 4.

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, que 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 también definió, en su artículo 4.º, 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, mientras campea 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 ésta 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 no ha estado tan amenazada desde las censuras directas de la última dictadura militar de la década de los cincuenta, 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 aun 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 resquebrajado 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 solo 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.

C. 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 dicho sistema, 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 que, 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 asimismo 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 que, 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, que 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 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 Constitución²⁸. 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 del 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

28 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.

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 directo, 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. De 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 designaría entonces 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 el año 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 éstos está precisamente 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 supuestas “asambleas de ciudada-

nos" 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 estatales²⁹. En el nivel estatal, por lo también anunciado, lo que habría 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 en las reformas constitucionales que ha anunciado y prometido el Presidente de la República desde el 2006 está la incorporación en la Constitución de la posibilidad de reelección presidencial indefinida. Esa reelección, que es difícil de vender, podría

29 Véase 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.

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 Nacional 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. ej., "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 que, 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.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en agosto de 2009

Se compuso en caracteres Palatino de 11 puntos
y se imprimió sobre propalbond de 70 gramos
Bogotá (Colombia)

Post tenebras spero lucem

